Zur Vereinbarkeit von Wettbewerbsregeln zum Zwecke leistungsgerechten Wettbewerbs mit den rechtspolitischen Grundlagen des geltenden Kartellrechts

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Ute Versteyl, Referendarin
aus Kiel
1973

1974

Zur Vereinbarkeit von Wettbewerbsregeln zum Zwecke leistungsgerechten Wettbewerbs mit den rechtspolitischen Grundlagen des geltenden Kartellrechts

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Ute Versteyl, Referendarin
aus Kiel
1973

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Professor Dr. Dr. Franz-Jürgen Säcker

Zweitgutachter: Professor Dr. Rupert Scholz

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Januar 1974

Gliederung (1)

Vorwort		1
Methodologische Vorbemerkungen		2
§ 1	Das Konzept eines wirksamen Wettbewerbs	9
1.	Zweckbestimmung des Wettbewerbs	9
1.1.	Die gesellschaftspolitischen Zielvorstellungen des Wettbewerbs	10
1.2.	Allgemeine Wohlstandsmaximierung als Zielvorstellung des Wettbewerbs	12
1.2.1.	Wirtschaftswachstum und Wettbewerbsfreiheit	12
1.2.2.	Wettbewerbsfreiheit als Voraussetzung zum Wettbewerb	14
1.2.3.	Wettbewerbsfreiheit zur Manifestierung bestehender wirtschaftlicher Machtverhältnisse	15
1.2.4.	Der durch die Rechtsordnung geschützte Wettbewerb	17
1.2.4.1.	Schutzzweck des § 1 GWB	17
1.2.4.2.	Wettbewerb im Kontext der Verfassung und der freiheitlichen Privatrechtsordnung	19
1.2.4.3.	Wettbewerbsfreiheit auf der Basis ordoliberaler Vorstellungen	22
1.2.4.4.	Wettbewerb in der sozialistischen Wirtschaft	24
1.3.	Ergebnis	27
2.	Die Voraussetzungen eines wirksamen Wettbewerbs	28
2.1.	Die Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen	30
2.2.	Wettbewerbsideologie	33
2.3.	Wettbewerb im "weiten Oligopol"	35
2.3.1.	Begriffsbestimmung der Unternehmensgröße	38
2.3.2.	Unternehmensgröße und Entwicklung des technischen Fortschritts	39
2.3.3.	Unternehmensgröße und Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen	40
2.3.4.	Unternehmensgröße und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	41
2.4.	Ergebniswürdigung	41
2.5.	Die Leitidee des "freien Unternehmertums" als Abwehrmechanismus gegen aktive Wirtschaftspolitik	43
3.	Die gesamtwirtschaftliche Zielvorstellung des Wettbewerbs als Beurteilungsmaßstab der bestehenden Wettbewerbsdefinitionen	48

(1) Diese Gliederung erfolgt in Anlehnung an DIN 1421.

§ 2 Der leistungsgerechte Wettbewerb 53

1. Der Begriff im Schrifttum 54

1.1. Wirtschaftswissenschaftliche Literatur 54

1.1.1. Ordnungspolitischer Ansatz 55

1.1.2. Stellungnahme 56

1.1.3. Leistungswettbewerb im Sinne und in der Abgrenzung vom lauteren Wettbewerb 58

1.2. Rechtswissenschaftliche Literatur 60

1.2.1. Leistungswettbewerb und Behinderungswettbewerb 60

1.2.2. Leistungswettbewerb und Nichtleistungswettbewerb 60

1.2.3. Beurteilung der Abgrenzungsversuche 61

2. Der Begriff in der Rechtsprechung 63

3. Ergebnis 65

4. Begriffsbestimmung des Wettbewerbs in den Beratungen zum GWB 66

§ 3 Wettbewerbsregeln zum Schutz des leistungsgerechten Wettbewerbs 68

1. Die Begründung zu § 28 Abs.2 RegE GWB 68

2. Die Definition des leistungsgerechten Wettbewerbs in der Beschlußpraxis des Bundeskartellamtes 69

3. Die Zweckbestimmung der Wettbewerbsregeln in der Literatur 73

3.1. Wettbewerbsregeln zur Verwirklichung der Lauterkeit im Sinne des UWG 74

3.2. Der weite Lauterkeitsbegriff 75

3.3. Wettbewerbsregeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs 76

4. Begriffsbestimmung unter Anwendung der juristischen Interpretationsmethoden 79

4.1. Methodologische Vorbemerkung 79

4.2. Der Gesetzeswortlaut des § 28 Abs.2 GWB 80

4.3. Die Gesetzesmaterialien 83

4.3.1. Ergebnisse der Ausschußberatungen 84

4.3.2. Ausschußvorlagen 86

4.3.3. Ausschußdiskussion 89

4.3.4. Zusammenfassung und Ergebniswürdigung 94

4.4. Die Einordnung des § 28 Abs.2 GWB in die Gesamtsystematik des GWB 96

4.4.1. Der Schutzbereich des lauteren Wettbewerbs 98

4.4.2. § 28 Abs.2, 2.Alternative GWB zur Förderung lauteren im Sinne funktionsfähigen Wettbewerbs 99

4.4.3. Ergebnis der systematischen Analyse 100

4.5. Gesamtergebnis nach Auslegung der juristischen Auslegungsmethoden 101

5. Rechtspolitisch-teleologische Beurteilung 102

5.1. Vorgeschlagene Regeltypologie zur freiwilligen Selbstordnung der Wirtschaft 104

5.1.1. Leistungsbezogener Preiswettbewerb 107

5.1.1.1. Verkauf unter Selbstkosten 108

5.1.1.2. Lockvogelangebote 110

5.1.1.3. Vernichtungswettbewerb 111

5.1.1.4. Preisklarheit und -wahrheit in Verbindung mit dem Grundsatz ordnungsgemäßer und vernünftiger Kalkulation 113

5.1.2. Preisdiskriminierung 116

5.1.3. Diskriminierung als Boykott und Lieferverweigerung 120

5.1.4. Vergleichende Werbung mit empfohlenen Preisen 123

5.2. Ergebnis 125

6. Resonanz führender Wirtschaftsverbände auf die Kooperationserleichterungen in der 2.Novelle zum GWB 128

§ 4 § 5 RegE GWB: Kooperationsförderung als Instrument zur Intensivierung des Wettbewerbs 132

1. Gegengewichtsprinzip und Wettbewerb 133

2. Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch Machtausgleich im Wege der Gegenmachtbildung 136

3. Die Zulassungsvoraussetzungen des § 5 b RegE GWB 137

3.1. Leistungssteigernde Kooperationen 139

3.1.1. § 5 b RegE GWB im Verhältnis zu den §§ 5, 5 a GWB 143

3.1.2. § 5 b als Folge der "inter-partes-Interpretation" des § 1 145

3.2. Das Unwesentlichkeitskriterium 151

4. Vorschlag einer Neuformulierung des § 5 b RegE GWB 157

Abkürzungsverzeichnis

AER	The American Economic Review, Menasha/Wisconsin
AGV	Arbeitgebervereinigung
ASM	Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft
ASU	Arbeitsgemeinschaft selbständiger Unternehmer
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BGA	Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V.
BV	Bundesverband
DB	Der Betrieb, Berlin
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DIHT	Deutscher Industrie und Handelstag
EBM	Wirtschaftsverband Eisen, Blech und Metall verarbeitende Industrie e.V.
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5.1949, BGBl S.1, idF des 31.Gesetzes zur Änderung vom 28. 7.1972, BGBl I. S.1305
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF vom 3. 1.1966, BGBl I. S.37, zuletzt geändert am 22. 7.1969, BGBl I. S.901
H.d.Sw.	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Stuttgart, Tübingen, Göttingen
Hmb.Jb.	Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Tübingen
Jb.N.St.	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Stuttgart
JuS	Juristische Schulung, München, Berlin, Frankfurt/M.
JZ	Juristen Zeitung, Tübingen
KR	Kartellrundschau, Düsseldorf, ab 1916 (Jg.14) Berlin
KuG	Kautschuk und Gummi, Berlin-Borsigwalde
MA	Markenartikel, München und Berlin
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Düsseldorf und München
RegE GWB	Regierungsentwurf zum 2.Änderungsgesetz des GWB /Bundestags-Drucksache VII/76; Die wichtigsten Bestimmungen des Regierungsentwurfs der Kartellgesetznovelle, in: BMWF - Dokumentation Nr.144, September 1971, hrsg. vom Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen

Schr.V.f.S.	Schriften des Vereins für Socialpolitik, Leipzig, ab 1912 München und Leipzig, Neue Folge Berlin
Schw.Z.V.St.	Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Bern
TätB	Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet
	im Jahre 1959, in: Bundestags-Drucksache III/1795
	im Jahre 1960, in: Bundestags-Drucksache III/2734
	im Jahre 1961, in: Bundestags-Drucksache IV/ 378
	im Jahre 1962, in: Bundestags-Drucksache IV/1220
	im Jahre 1963, in: Bundestags-Drucksache IV/2370
	im Jahre 1964, in: Bundestags-Drucksache IV/3752
	im Jahre 1965, in: Bundestags-Drucksache V/ 530
	im Jahre 1966, in: Bundestags-Drucksache V/1950
	im Jahre 1967, in: Bundestags-Drucksache V/2841
	im Jahre 1968, in: Bundestags-Drucksache V/4236
	im Jahre 1969, in: Bundestags-Drucksache VI/ 950
	im Jahre 1970, in: Bundestags-Drucksache VI/2380
	im Jahre 1971, in: Bundestags-Drucksache VI/3570
	im Jahre 1972, zur Zeit der Fertigstellung der Arbeit noch im Druck
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, idF vom 7. 6.1909, RGBl.S.499, BGBl.III 43-1, zuletzt geändert am 26. 6.1969, BGBl. S.633
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Frankfurt/M.
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf
WV	Wirtschaftsverband
VDMA	Verband deutscher Maschinenbauanstalten
ZAW	Zentralausschuß der Werbewirtschaft
Z.g.Stw.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Tübingen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Stuttgart
ZV	Zentralverband

Vorwort

Diese Arbeit wurde Ende Mai 1973 abgeschlossen,so daß der zu jener Zeit vorliegende Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zugrundegelegt wurde und nicht die am 4. August 1973 (BGBl I S. 917) in Kraft getretene Novelle. Dadurch haben sich jedoch keine inhaltlichen Änderungen ergeben. Die für diese Arbeit wesentlichen §§ 5 b und 28 GWB sind nahezu wörtlich vom Regierungsentwurf in die Gesetzesfassung übernommen worden. Die geringfügige Erweiterung des § 5 b GWB dahin, daß "der Vertrag oder Beschluß dazu (dienen muß), die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu fördern", hat keinen Einfluß auf die Aussage des den § 5 b GWB betreffenden Teil der Arbeit.

Bereits im Regierungsentwurf wurde davon ausgegangen, daß die nach § 5 b GWB möglichen Kooperationen zum einen den Wettbewerb nur unwesentlich beeinflussen und zum anderen der Leistungssteigerung der beteiligten Unternehmen dienen. Darüberhinaus galt diese Vorschrift schon im Ansatz als Instrument zugunsten der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen. Letzteres ist in der als Gesetz beschlossenen Fassung nun expressis verbis enthalten. Dabei läßt der Wortlaut des Gesetzes aber die Möglichkeit offen, daß Großunternehmen mit Klein- und Mittelbetrieben zusammenarbeiten, um ihre eigene Marktmacht zu vergrößern.

Gegen eine solche Möglichkeit wenden sich die Ausführungen in § 4 der vorliegenden Arbeit, die folglich unabhängig von der novellierten Gesetzesfassung Gültigkeit beanspruchen.

Methodologische Vorbemerkungen

Durch den Regierungsentwurf einer 2.Novelle zum GWB soll der Terminus "leistungsgerechter Wettbewerb" Eingang finden in den Wortlaut des § 28 Abs.2 GWB. Damit wird die Möglichkeit geschaffen, nicht mehr nur wie bisher Wettbewerbsregeln zum Schutze und zur Förderung des lauteren, sondern darüberhinaus im Interesse eines sogenannten Leistungswettbewerbs aufzustellen.

Der Begriff des leistungsgerechten oder Leistungswettbewerbs wird seit Bestehen des GWB bei der Formulierung von Wettbewerbsregeln herangezogen und stieß bisher wegen seiner mangelnden Bestimmbarkeit in den Genehmigungsverfahren weitgehend auf Ablehnung. Seit seiner Einführung ins juristische Schrifttum durch NIPPERDEY und in die Rechtsprechung im Rahmen des Benzinkampfurteils durch das Reichsgericht ist trotz oder gerade wegen seines unbestimmten Begriffsinhaltes die juristische Diskussion in Literatur und Praxis darüber nicht verstummt.

Einen festen ordnungspolitischen Stellenwert erhielt er lediglich in der ordoliberalen Wirtschaftskonzeption, in der er zur Durchsetzung des sogenannten vollständigen Wettbewerbs theoretisch verwertet wurde. Seit Infragestellung und allgemeiner Ablehnung dieses ordnungspolitischen Wirtschaftsmodells ist auch die Inhaltsbestimmung des leistungsgerechten Wettbewerbs ungesichert.

In dem Katalog der Definitionsversuche sind in Anlehnung an den lauteren Wettbewerb sittlich-ethische Begriffsinhalte vorherrschend. Geprägt durch die Motivation, die Wirtschaft selbstordnend zu gestalten, werden diese Vorstellungen vorwiegend von Interessenvertretern der Wirtschaftsverbände geteilt, die darunter im wesentlichen das Verbot wettbewerbsverschärfender Verhaltensweisen verstehen. Bestätigt wird diese Beobachtung durch einen im Jahre 1973 dem Bundeskartellamt zur Beurteilung zugestellten Verhaltenskodex, der mit den zuständigen Gremien des BDI und des Markenverbandes abgestimmt war. Das Einverständnis des Rates des Handels wird erwartet.

Daraus wird deutlich, daß die Exponenten der verbandlich organisierten Wirtschaft vor dem Hintergrund laisser-faire liberalistischen Gedankenguts mit dem semantischen Vehikel des leistungsgerechten Wettbewerbs nach ihrem Gutdünken das Marktgeschehen regeln wollen, wonach Wettbewerbsregeln zum Zwecke des Leistungswettbewerbs als Einbruchsstelle interessenorientierter privater Wirtschaftspolitik dienen. Dieser Gefahr ist nur dadurch zu begegnen, daß die Wettbewerbsregeln auf die Förderung lauteren Wettbewerbs begrenzt bleiben, so unbestimmt auch dieser Begriff noch ist.

Der u.a. von EUCKEN gegenüber dem Staat erhobene Vorwurf, daß er nur punktuell, von Interessengruppen getrieben, in die Wirtschaft eingegriffen habe, ohne sich an einer fest umrissenen Wirtschaftsordnung zu orientieren (1), was dazu führte, daß Interessengruppen mit dem Hinweis auf "Eigengesetzlichkeiten der Wirtschaft" ungehindert eigennützige Ziele verfolgen konnten, träfe in gesteigerter Form zu, würde durch Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs einer wettbewerbsschwächenden privaten Wettbewerbspolitik Tor und Tür geöffnet. Zum Beweis dessen sei ein Zitat A.SÖLTERS angeführt: "Ein relativ neuartiges Charakteristikum ist, daß nicht nur kleine und mittlere Betriebe von dem verschärften Wettbewerb und von der angespannten Ertragslage betroffen sind, sondern auch große, grössere und selbst größte Unternehmen ..." (2). Derartigen "Gefahren" soll durch die Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs begegnet werden. Die Regierung beabsichtigt hingegen, durch Erweiterung des § 28 Abs.2 (3) ein strukturpolitisches Mittel zur Unterstützung der Klein- und Mittelbetriebe zu schaffen. Diese Arbeit dient daher dem Zweck, zur Klärung des Leistungswettbewerbs beizutragen, um einer mißbräuchlichen Aus-

---

1. W.EUCKEN, Nationalökonomie wozu? S. 69 und 73.
2. A.SÖLTER, Einleitungsreferat in der Sitzung des Arbeitskreises Kooperationsförderung vom 17.4.1972.
3. §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des GWB.

legung und Anwendung vorzubeugen, die zu dem wettbewerbspolitisch gefährlichen Ergebnis führen könnte, daß Industrie und Handel nach den Vorstellungen ihrer Dachverbände rigide durchstrukturiert würden.

Der wirtschaftspolitische Stellenwert der Wettbewerbsregeln war bisher im Ansehen der Wirtschaftsverbände nicht sehr hoch, was dadurch zum Ausdruck kam, daß die Möglichkeit zu derartigen Vereinbarungen vorwiegend von Verbänden mittelständisch strukturierter Wirtschaftszweige wahrgenommen wurde. Zudem sind bisher nur 19 Regeln genehmigt worden, eine im Verhältnis zu der Zahl bestehender Wirtschaftsverbände und -vereinigungen sehr geringe Anzahl. Für die mangelnde Attraktivität der Wettbewerbsregeln nach geltendem Recht spricht beispielhaft eine Äußerung seitens des Bundesverbandes des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V., nach dessen Meinung § 28 Abs.2 durch das Bundeskartellamt nicht dem Gesetzestext entsprechend und enttäuschend restriktiv ausgelegt werde mit der Konsequenz, daß kein Verband des Groß- und Außenhandels derartige Vereinbarungen angemeldet hat (4).

Darüberhinaus wiesen die angemeldeten Regeln die Tendenz auf, den Preiswettbewerb in der entsprechenden Branche festzuschreiben. In der sogenannten Entschärfung des Wettbewerbs besteht auch bereits seit Jahren das Hauptanliegen führender Wirtschaftsverbände, durch Aufstellung beispielhafter Regelkataloge auf die Spruchpraxis des Bundeskartellamts und die allgemeine Diskussion Einfluß zu nehmen. In der Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs wird jetzt die Möglichkeit gesehen, über den bisher noch zu begrenzenden Auslegungsrahmen des Lauterkeitsbegriffs hinaus § 28 Abs.2 zugunsten interessenorientierter Wirtschaftsverbände auszuweiten. Eine dahingehende Auslegung soll mit der vorliegenden Arbeit anhand induktiver Methodologie und wettbewerbspolitisch für notwendig erachteter Kriterien verhindert werden.

---

4. Stellungnahme des Bundesverbandes des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V. vom 18.1.1962.

Der Gang der Arbeit beruht auf dem aufbauenden Prinzip logischer Begriffsentwicklung, das als Voraussetzung zur Diskussion eines Spezialterminus die Auseinandersetzung mit dem Grundbegriff erfordert. Dementsprechend wird vor der Erörterung des leistungsgerechten Wettbewerbs das Verständnis des allgemeinen Wettbewerbsbegriffs untersucht. Dabei werden die Zielvorstellungen, zu deren Verwirklichung er instrumentalisiert ist, gegeneinander abgewogen und von dem Ergebnis retrospektiv auf die Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs geschlossen.

Zur angemessenen Beurteilung der wettbewerblichen Zielvorstellungen: des wirtschaftlichen Gesamtnutzens und der Wettbewerbsfreiheit, soll als wissenschaftlicher Ansatz die politische Ökonomie gewählt werden. Der Begriff der politischen Ökonomie hat seit seiner erstmaligen Verwendung durch A.MONTCHRETIEN (5) mehrfach inhaltliche Veränderungen erfahren. Ursprünglich galt er als Sammelbegriff all dessen, was in den gesellschaftlich-ökonomischen Bereich gehörte. Im Laufe der Zeit entwickelte sich jedoch innerhalb der Gesellschaftswissenschaften eine autonome wirtschaftliche Sphäre, die durch Ausbildung spezieller Instrumentarien abgegrenzten Wissenschaften wie denen der Nationalökonomie und der Wirtschaftssoziologie zugeordnet wurde.

Die spezifisch ökonomische Analyse erscheint zur Beurteilung der Realisierbarkeit wirtschaftspolitischer Konzeptionen zwar notwendig, aber über deren gesellschaftspolitische Bedeutung kann das rein technologische Wissen über Wirtschaftsfragen keine umfassende Aussage treffen. Dabei verlangt jede Entscheidung über die Anwendung bzw. Nichtanwendung einer ökonomischen Aufgabe eine koordinierende Gesamtbeurteilung unter Berücksichtigung aller sozialer Konsequenzen. Insofern soll hier die Aufgabe der politischen Ökonomie darin gesehen werden, wirtschaftspolitische Entscheidungen in ihren sozialen Auswirkungen zu erfassen und, darauf basierend, wirtschaftspolitische Programme

5. Nach J.A.SCHUMPETER, Geschichte der ökonomischen Analyse,1965, erstmals in: Praicté de l'oeconomie politique.

zu konzipieren. Das Instrumentarium der Nationalökonomie und der Wirtschaftssoziologie würde dazu dienen, den ggf. vorhandenen Vorurteils- und Utopiecharakter wirtschaftspolitischer Konzeptionen und Programme aufzudecken (6). Insofern als "... kein Element bloß in seinem Funktionieren verstanden werden (kann) ohne Einsicht in das Ganze" (7), bietet die ausschließliche Anwendung ökonomischer Daten keine Gewähr für sozialadäquate Entscheidungen. Aufgrund dessen ist auch das Problem wirtschaftlichen Wachstums, das alternativ zur oder zusammen mit der Individualfreiheit die Zielvorstellung des Wettbewerbs darstellt, von sozialer Relevanz, ebenso wie die Wettbewerbsfreiheit, der anerkannt gesellschaftspolitischen Kategorie. Gerade die Entscheidung zugunsten oder gegen wirtschaftliches Wachstum und darüber, wie dieses optimal zu erreichen ist: im Wettbewerb, der zentralen Planwirtschaft oder in Zwischenformen beider Wirtschaftssysteme, erscheint als zentrales gesellschaftliches Problem. Damit erreichen beide Wettbewerbsziele dieselbe gesellschaftspolitische Bedeutung, wodurch die Entscheidung zwischen ihnen erheblich objektiviert wird.

Es soll noch darauf hingewiesen werden, daß die Entscheidung über die gesellschaftspolitischen Ziele des Wettbewerbs ein Werturteil darstellt, das die Ökonomie als integrierenden Bestandteil in ihre Arbeit einzubeziehen hat, um dem Vorwurf zu begegnen, daß sie im Anschluß an MARX durch Schaffung eines Begriffsapparates gesellschaftliche Aspekte verdrängt und die Werturteilsproblematik ausgeklammert habe (8). Die von H.ALBERT geforderte "technisch verwendbare werturteilsfreie Nationalökonomie, die nichts anderes sein kann als eine Soziologie der sozialen Beziehungen" (9), um zu verhindern, "daß sie von mehr oder weniger versteckten Werturteilen wimmelt" (10), erscheint

6. Vgl.K.HEINEMANN, Zum Verständnis von Volkswirtschaftslehre, Wirtschaftssoziologie und politischer Ökonomie, in: Jb.f.Sw. Bd. 23 (1972) Heft 3, S. 301, 310/311.
7. T.ADORNO,Zur Logik der Sozialwissenschaften, in:Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Bd.14, S. 251

unrealistisch und nicht einmal wünschenswert, da die Nationalökonomie über die oben genannten Ziele zu entscheiden hat und dadurch die von ihr erwartete gesellschaftspolitische Dimension erhalten soll. Damit wird auch der Ansicht widersprochen, daß nur über die Eignung von Mitteln für Ziele etwas Verbindliches ausgesagt werden kann und nicht auch über die Ziele selbst (11). Unter Einbeziehung ihrer gesellschaftspolitischen Aspekte werden daher die nationalökonomischen Aussagen als Teil der Gesellschaftswissenschaft begriffen (12).

Nach der Grundlegung dieser wettbewerbstheoretischen Voraussetzungen wird vom Erfordernis wirksamen bzw. funktionsfähigen Wettbewerbs her der leistungsgerechte Wettbewerb geklärt. Angesichts eines rechtspolitisch zu billigenden Ergebnisses wird der Versuch unternommen, gegenläufige Auslegungstendenzen zu widerlegen. Dabei zeichnet sich das Ergebnis ab, daß die Einführung des Leistungswettbewerbs in § 28 Abs. 2 wettbewerbspolitisch nicht zu rechtfertigen ist. Da dennoch die Intention der Bundesregierung bei der Novellierung des Gesetzes grundsätzlich anerkannt wird, wird eine andere Möglichkeit zu deren Durchsetzung gesucht. Dabei wird auf den im Rahmen dieses Novellierungskomplexes neugeschaffenen § 5 b RegE GWB zurückgegriffen, der allerdings zur Durchsetzung einer stringenten Strukturpolitik in der Formulierung abgeändert wird. Zur Grundlegung dessen ist es notwendig, im Rahmen dieser Arbeit auf die Veri-/Falsifizierung bestehender Marktmachtbeurteilungsschemata einzugehen, die z.T. auf bestimmten marktstrukturellen Voraussetzungen basieren.

---

8. B.SENF, Wirtschaftliche Rationalität - gesellschaftliche Irrationalität, S. 9.
9. H.ALBERT, Das Werturteilsproblem im Lichte der logischen Analyse, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, hrsg. von G.GÄFGEN, S. 44.
10. Derselbe, a.a.O. S. 43.
11. Im Sinne MAX WEBERS, T.Pütz, Die wirtschaftspolitische Konzeption, in: Wirtschaftsfragen der freien Welt, S. 49.

Von daher erklärt sich der wettbewerbstheoretisch relativ weit gesteckte Rahmen der Arbeit, wobei es nicht für ausreichend erachtet wird, eine begriffsspezifisch juristisch begrenzte Interpretation des Leistungswettbewerbs im Zusammenhang der Wettbewerbsregeln zu liefern. Ohne Kenntnis der Implikationen, die mit der Markt- und Wettbewerbswirtschaft verbunden sind, kann der Stellenwert daraus abgeleiteter Begriffe nicht angemessen erkannt werden.

---

12. F.ROMIG, Die ideologischen Elemente in der neoklassischen Theorie. Eine kritische Auseinandersetzung mit P.A.SAMUELSEN, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 177, 1971, S.66.

§ 1 Das Konzept eines wirksamen Wettbewerbs

1. Zweckbestimmung des Wettbewerbs

In diesem Teil der Arbeit soll geklärt werden, wie der allgemeine Wettbewerb beschaffen ist, zu dessen Schutz das GWB besteht, um damit die wettbewerbstheoretische Grundlage für die anschließende Begriffsbestimmung des spezifisch leistungsgerechten Wettbewerbs zu schaffen. Dazu ist es erforderlich, die durch den Wettbewerb zu verwirklichenden Zielvorstellungen zu erörtern, weil diese Entscheidung für die Erörterung der bestehenden Diskussion um die Konzeptionen eines wirksamen Wettbewerbs grundlegende Bedeutung hat. Die eingehende Beschäftigung mit dem Konzept des funktionsfähigen im Sinne von wirksamem Wettbewerb ist insofern erforderlich, als der leistungsgerechte Wettbewerb im weiteren Verlauf der Arbeit eine dahingehende Begriffsbestimmung erfährt. Da die Diskussion um die wettbewerbstheoretischen Voraussetzungen für die Konzeption wirksamen Wettbewerbs und das Problem seiner Umsetzung in die Wettbewerbspolitik umfassender Erörterung bedürfen, wird diese Problematik in einem eigenen Abschnitt vorweg dargestellt, um die wettbewerbstheoretische Grundlage für die anschließende Bestimmung des Leistungswettbewerbs zu schaffen.

Darüberhinaus dienen die wettbewerbstheoretischen Überlegungen einer adäquaten Beurteilung der mit der Novellierung des § 28 Abs.2 verfolgten Zielvorstellung, der wettbewerblichen Stärkung von Klein- und Mittelbetrieben.

In der wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Literatur wurde vielfach der Versuch unternommen, den allgemeinen Wettbewerb zu definieren. Die Entscheidung für eine der bekannten Begriffsbestimmungen wird jedoch erst dadurch ermöglicht, daß die wettbewerbstheoretischen Beurteilungskriterien herausgearbeitet werden. Zunächst ist zu untersuchen, zu welchem Zweck Wettbewerb aufrechterhalten und geschützt wird. Von daher wird die Entscheidung für das Konzept eines wirksamen Wettbewerbs präjudiziert, das wiederum die Beurteilungsgrundlage der Wettbewerbsdefinitionen liefert.

1.1. Die gesellschaftspolitischen Zielvorstellungen des Wettbewerbs

Wettbewerb an sich ist kein erstrebenswertes Ziel, sondern die Erfüllung der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Postulate, die mit Hilfe des Wettbewerbs erreicht werden sollen und die sich die am Wettbewerb orientierten Staaten durch ihre dafür geschaffenen Institutionen stellen. Üblicherweise werden die Zielsetzungen des Wettbewerbs unterschieden in wirtschafts- und gesellschaftspolitische. Inwieweit diese Differenzierung zutrifft, wird an späterer Stelle als methodologisches Problem erörtert. Vorerst werden Stellungnahmen zu den eben genannten Zielvorstellungen referiert.

Als wirtschaftspolitische Zielsetzung des Wettbewerbs gilt die bestmögliche Versorgung der Verbraucher durch optimale Wohlstandsmaximierung zugunsten der Allgemeinheit (1). Eine derartige "überpersönliche" ökonomische Zielsetzung des Wettbewerbs (2) wird allerdings von E.HOPPMANN bestritten, der ökonomische Vorteilhaftigkeit als wirtschaftspolitische Zielsetzung nur in dem Sinn versteht, daß sie individuelle Vorteile liefert (3).

Nach dem Kantzenbach'schen Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs soll das wirtschaftspolitische Ziel erreicht werden im Zusammenspiel mehrerer Wettbewerbsfunktionen, die als Lenkungs- und Ordnungsfunktion, Verteilungs- und Antriebs- oder Leistungssteigerungsfunktion zusammengefaßt werden können (4).

---

13. Aus dem umfangreichen Schrifttum:
R.KNÖPFLE, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens; O.SANDROCK, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; J.BAUR, Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in: ZHR 134 (1970), S.97 ff.
14. E.HOPPMANN, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, hrsg. von K.SCHNEIDER, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. 48 (1968) S.21.
15. Derselbe, a.a.O.
16. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S.16 ff.

Die Lenkungs- und Ordnungsfunktion dient der bestmöglichen Faktorallokation und soll dadurch die größte Produktivität unter dem Einsatz geringster Gesamtkosten erreichen. Ferner soll diese Wettbewerbsfunktion die Produktionskapazität an die sich ändernde Nachfragestruktur und Produktionstechnik anpassen,wodurch das Ausmaß der Fehlinvestitionen begrenzt und die durch die Strukturwandlungen hervorgerufenen volkswirtschaftlichen Kosten verringert werden. Darüberhinaus soll der Wettbewerb das Angebot von Waren und Dienstleistungen den Käuferpräferenzen adäquat steuern, um bei den entsprechenden Produktionskapazitäten und Einkommensverteilung die individuelle Bedürfnisbefriedigung zu sichern (17). Außer der Lenkungs- und Ordnungsfunktion werden dem Wettbewerb Verteilungs-, Antriebs- und Leistungssteigerungsfunktionen attestiert. Der Wettbewerb verteile die Einkommen nach der Marktleistung und verhindere so Ausbeutung aufgrund von Marktmacht (18). Die Antriebsfunktion soll der Wettbewerb dadurch erfüllen, daß er bei Preisniveaustabilität den technischen Fortschritt erhöht, wobei die Wachstumsrate der gesamtwirtschaftlichen Produktionskapazität steige (19). Neben der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Wettbewerbs bestehe die gesellschaftspolitische, die dahingehend verstanden wird, daß

---

17. Zur Produktivität-Kosten-Relation: E.KANTZENBACH,a.a.O. S.16 ff; zum Anpassungspostulat: F.-J.SÄCKER, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, S.15; J.NIEHANS, Strukturwandlungen als Wachstumsprobleme, Schr.V.f.Sw. Bd.30/I,S.18 ff; zur Kostenverringerung: K.SCHILLER, Wirtschaftspolitik, H.d.Sw. Bd. 12 (1965) S.216; H.GIERSCH, Aufgaben der Strukturpolitik, in: Hmb.Jb. 1964,S.69; für adäquate Käuferpräferenzen: J.M. CLARK, Compensation as a Dynamic Process,S.41 ff; E.GÜNTHER, Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, in: WuW 1964, S. 118 ff; zur Bedürfnisbefriedigung: E.KANTZENBACH, a.a.O. S. 17.
18. H.GIERSCH, a.a.O. S. 68.
19. Aus der umfangreichen Literatur seien erwähnt: E.HOPPMANN, Zum Problem ..., in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik,S.9; E.GÜNTHER, Die Aufgaben des Bundeskartellamts in der Wettbewerbspolitik, in: ZHR 125 (1962) S. 48 ff; A.MÜLLER-ARMACK, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, S. 118 f.

eine möglichst große Anzahl wirtschaftlich selbständiger Existenzen und deren persönliche Freiheit gegenüber wachsender privater Marktmacht durch deren rechtliche Bindung zu erhalten sind (12).

Das von KANTZENBACH aufgestellte Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, in dem das Wirtschaftswachstum als Korrelat der Wettbewerbsintensität gesehen wird - nach KANTZENBACH optimal im Sinne einer bestmöglichen Realisierung der vorgegebenen konkurrierenden Zielfunktion -, ist die Ausprägung der Theorie des wirksamen Wettbewerbs. Diese wurde in Deutschland zuletzt in der Form eines Konzepts optimaler Wettbewerbsintensität ausgearbeitet. Die Theorie vom wirksamen Wettbewerb wurde von J.M. CLARK begründet (13), von SCHUMPETER zu einer umfassenden dynamischen Wettbewerbstheorie weiterentwickelt (14) und von

---

12. Grundlegend dazu F.BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf; derselbe, Reden und Aufsätze, S.44; derselbe, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: ORDO XVII (1966), S.75; F.A.v.HAYEK, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, S.9 ff.; W.EUCKEN, Grundlagen der Nationalökonomie, S.52 ff., 240 ff.; derselbe, Wettbewerb als Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung, in: Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, S.29 (43 f.); H.ST.SEIDENFUS, Die Wandelbarkeit des Wettbewerbsbegriffs, in: Zehn Jahre Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. III.Forum Bonn 1968, S.83 (89 ff.); E.HOPPMANN, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Jb.N.St.179 (1966), S.286 (299 ff., 321); derselbe, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in: DB 1970, S.93 ff.; K.BIEDENKOPF, in: BIEDENKOPF-CALLMANN-DERINGER, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, S.16 ff.; derselbe, Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, in: WuW 1968, S.3 ff.; F.-J.SÄCKER, Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1967, S.681 (683 ff.); derselbe, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, S.14 ff. mit weiteren Nachweisen.
13. J.M.CLARK, Towards a Concept of Workable Competition, in: AER vol. 30, p.241 ff., in der deutschen Übersetzung "Zum Begriff eines wirksamen Wettbewerbs, S.148 ff.
14. SCHUMPETER, J.A., Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung; derselbe, Capitalism, Socialism and Democracy.

CLARK unter Verarbeitung der SCHUMPETER'schen Theorie der Innovationen ausgebaut (15).

Trotz der gemeinsamen Ausgangshypothese vom Wettbewerb als dynamischem Prozeß entwickelte sich in Deutschland dennoch die richtungsweisende Kontroverse zwischen KANTZENBACH und HOPPMANN.

Im Unterschied zu KANTZENBACH, der in seinem Konzept die wirtschaftliche Freiheit als wettbewerblichen Zielkomplex ausklammert, stellt HOPPMANN zwei Zielvorstellungen auf, die mittels Wettbewerbs erreichbar sein sollen: (16)

— Die Wettbewerbsfreiheit als Ziel in sich selbst, die sowohl die Freiheit der Konkurrenten zum Vorstoß oder zur Imitation als auch die Wahlfreiheit der anderen Marktseite beinhaltet. Die Wettbewerbsordnung ist dabei das ökonomische Äquivalent einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung.

— Die ökonomische Vorteilhaftigkeit, bei der der Wettbewerb um seiner für alle nützlichen Wirkungen willen als ein Instrument gewünscht wird, wobei er nur Hilfsziel ist.

Die unterschiedlichen Zielvorstellungen führen zu unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Konzeptionen. Während KANTZENBACH bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen zulassen will, um dadurch die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in einer engen oligopolitistischen Marktstruktur zu erhöhen (17), führt HOPPMANN Unvollkommenheiten im Wettbewerb ausschließlich auf Freiheitsbeschränkungen durch den Staat oder unternehmerische Praktiken zurück (18).

Da die Entscheidung zwischen den differierenden Zielkomplexen ausschlaggebend ist für die Wahl und Durchführung wettbewerbs-

---

J.M.CLARK, p.IX; vgl. E.HOPPMANN, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Festschrift für TH.WESSELS, S.184, Fußn. 28.
E.HOPPMANN, Workable Competition, S.149 f.; derselbe, Zum Problem..., S.14 ff.
E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., S.46 und 48.
E.HOPPMANN, Workable Competition..., S.165 ff.; derselbe, Zum Problem..., S.31-33.

politischer Konzeptionen, ist es erforderlich, auf die Zielvorstellungen einzugehen. Es wird die mögliche Unvereinbarkeit beider Ziele zu erörtern sein, sowie die Frage, ob ggf. beide Zielvorstellungen gleichermaßen zu verwirklichen sind.

1.2. Allgemeine Wohlstandsmaximierung als Zielvorstellung des Wettbewerbs

1.2.1. Wirtschaftswachstum und Wettbewerbsfreiheit

In der wettbewerbstheoretischen Literatur wird üblicherweise unterschieden zwischen wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Zielvorstellung des Wettbewerbs: die erstere wird im Wirtschaftswachstum als Voraussetzung des allgemeinen Wohlstands und das gesellschaftspolitische Ziel in der Sicherung individueller Wettbewerbsfreiheit gesehen. Diese Differenzierung führt zu falschen wettbewerbspolitischen Konsequenzen; denn dadurch, daß die Individualfreiheit im Unterschied zum gesamtwirtschaftlichen Nutzen einen gesellschaftspolitischen Stellenwert erhält, gewinnt sie gegenüber dem Gesamtwohl, das lediglich als ökonomisches Datum gilt, an sozialer Bedeutung.

Dieser Bewertungsmechanismus ist bedingt durch ein liberal-technokratisches Ökonomieverständnis, das zwischen wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Sphäre trennt. Dies berücksichtigt nicht, daß die Gesamtheit der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse eine Einheit bildet, so wie sie von der Wissenschaftskategorie der politischen Ökonomie erfaßt werden (27). Die Trennung läuft darauf hinaus, daß einerseits das Wirtschaftswachstum als Ergebnis eines in bestimmter Weise funktionierenden Marktmechanismus dem Bereich der Nationalökonomie zugeordnet wird, die Beurteilung wirtschaftlicher Freiheit jedoch den Gesellschaftswissenschaften. Die Beurteilung der Wachstumsproblematik mit ihren gesellschaftlichen Konsequenzen beschränkt

27. Politische Ökonomie, Akademie der Wissenschaften der UdSSR, Institut für Ökonomie, Kap.1, Gegenstand der politischen Ökonomie.

CLARK unter Verarbeitung der SCHUMPETER'schen Theorie der Innovationen ausgebaut (15).

Trotz der gemeinsamen Ausgangshypothese vom Wettbewerb als dynamischem Prozeß entwickelte sich in Deutschland dennoch die richtungsweisende Kontroverse zwischen KANTZENBACH und HOPPMANN.

Im Unterschied zu KANTZENBACH, der in seinem Konzept die wirtschaftliche Freiheit als wettbewerblichen Zielkomplex ausklammert, stellt HOPPMANN zwei Zielvorstellungen auf, die mittels Wettbewerbs erreichbar sein sollen: (16)

- Die Wettbewerbsfreiheit als Ziel in sich selbst, die sowohl die Freiheit der Konkurrenten zum Vorstoß oder zur Imitation als auch die Wahlfreiheit der anderen Marktseite beinhaltet. Die Wettbewerbsordnung ist dabei das ökonomische Äquivalent einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung.

- Die ökonomische Vorteilhaftigkeit, bei der der Wettbewerb um seiner für alle nützlichen Wirkungen willen als ein Instrument gewünscht wird, wobei er nur Hilfsziel ist.

Die unterschiedlichen Zielvorstellungen führen zu unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Konzeptionen. Während KANTZENBACH bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen zulassen will, um dadurch die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in einer engen oligopolitistischen Marktstruktur zu erhöhen (17), führt HOPPMANN Unvollkommenheiten im Wettbewerb ausschließlich auf Freiheitsbeschränkungen durch den Staat oder unternehmerische Praktiken zurück (18).

Da die Entscheidung zwischen den differierenden Zielkomplexen ausschlaggebend ist für die Wahl und Durchführung wettbewerbs-

---

J.M.CLARK, p.IX; vgl. E.HOPPMANN, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Festschrift für TH.WESSELS, S.184, Fußn. 28.
E.HOPPMANN, Workable Competition, S.149 f.; derselbe, Zum Problem..., S.14 ff.
E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., S.46 und 48.
E.HOPPMANN, Workable Competition..., S.165 ff.; derselbe, Zum Problem..., S.31-33.

politischer Konzeptionen, ist es erforderlich, auf die Zielvorstellungen einzugehen. Es wird die mögliche Unvereinbarkeit beider Ziele zu erörtern sein, sowie die Frage, ob ggf. beide Zielvorstellungen gleichermaßen zu verwirklichen sind.

1.2. Allgemeine Wohlstandsmaximierung als Zielvorstellung des Wettbewerbs

1.2.1. Wirtschaftswachstum und Wettbewerbsfreiheit

In der wettbewerbstheoretischen Literatur wird üblicherweise unterschieden zwischen wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Zielvorstellung des Wettbewerbs: die erstere wird im Wirtschaftswachstum als Voraussetzung des allgemeinen Wohlstands und das gesellschaftspolitische Ziel in der Sicherung individueller Wettbewerbsfreiheit gesehen. Diese Differenzierung führt zu falschen wettbewerbspolitischen Konsequenzen; denn dadurch, daß die Individualfreiheit im Unterschied zum gesamtwirtschaftlichen Nutzen einen gesellschaftspolitischen Stellenwert erhält, gewinnt sie gegenüber dem Gesamtwohl, das lediglich als ökonomisches Datum gilt, an sozialer Bedeutung.

Dieser Bewertungsmechanismus ist bedingt durch ein liberal-technokratisches Ökonomieverständnis, das zwischen wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Sphäre trennt. Dies berücksichtigt nicht, daß die Gesamtheit der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse eine Einheit bildet, so wie sie von der Wissenschaftskategorie der politischen Ökonomie erfaßt werden (27). Die Trennung läuft darauf hinaus, daß einerseits das Wirtschaftswachstum als Ergebnis eines in bestimmter Weise funktionierenden Marktmechanismus dem Bereich der Nationalökonomie zugeordnet wird, die Beurteilung wirtschaftlicher Freiheit jedoch den Gesellschaftswissenschaften. Die Beurteilung der Wachstumsproblematik mit ihren gesellschaftlichen Konsequenzen beschränkt

27. Politische Ökonomie, Akademie der Wissenschaften der UdSSR, Institut für Ökonomie, Kap.1, Gegenstand der politischen Ökonomie.

sich allerdings nicht auf den Bereich der Wirtschaftswissenschaften, sondern ist als soziales Problem ebenfalls im Bereich der Gesellschaftswissenschaften angesiedelt. Demzufolge ist die Entscheidung zwischen den beiden oben genannten Zielen ein gesellschaftspolitisches Problem.

Das Primat der Wettbewerbsfreiheit als wettbewerblicher Zielvorstellung läßt sich historisch dadurch erklären, daß die individuelle Freiheit unter dem Einfluß der Naturrechtslehre JOHN LOCKES als personaler Höchstwert schlechthin dargestellt wurde, die es als ein das ganze gesellschaftliche Leben durchziehendes Prinzip zu verwirklichen galt. Deispielhaft dafür erscheint EUCKENS neoliberales Systemdenken, das von der Maxime getragen wird, durch umfassende Sicherung der individuellen Planungs-, Entschluß- und Handlungsfreiheit die erforderliche Integration der einzelnen zu realisieren und auf dieser Basis zu einem friedlichen Ausgleich der sozialen Spannungen zu gelangen (28).

Neben der gesellschaftspolitisch motivierten Wirtschaftsbetrachtung gibt es aber auch die Ebene des rein kausalen, modelltheoretischen Denkens, wofür die Freiheit als ethischer Begriff keinerlei Bedeutung hat. Die dieser Schule verbundenen Theoretiker betrachten nur die fluktuierende Güterbewegung als untersuchenswert. Ein methodisches Prinzip dieser "reinen Ökonomie", die "vollkommene Konkurrenz", wurde von EUCKEN zur Verwirklichung größtmöglicher Individualfreiheit

---

28. E.E.NAWROTH, Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus, in: Sammlung Politeia, Bd. XIV, Veröffentlichungen des internationalen Instituts für Sozialwissenschaft und Politik der Universität Freiburg/ Schweiz, hrsg. von F.A.UTZ, S. 76.

verwandt und zur Selbstverwirklichung unter bestimmten sozialen Gesichtspunkten eingesetzt.

Bevor die alternativen Zielvorstellungen diskutiert werden, bedarf es noch der Erörterung, ob die Individualfreiheit überhaupt wirtschaftspolitische Zielvorstellung sein kann, da sie gleichzeitig Voraussetzung zum Wettbewerb ist. Der Wettbewerb würde in diesem Fall allein als Selbstzweck aufrechterhalten, der aber in Anbetracht der starken Wirtschaftskonzentration, der häufigen Mißbrauchsfälle sowie der Tendenz zur Festschreibung des Preiswettbewerbs nur ungenügend erfüllt wird. Die Wettbewerbsteilnehmer scheinen ihre staatlich geschützte Freiheit dazu zu nutzen, den Wettbewerb zu beschränken, um dadurch vor der freiheitlichen Wettbewerbsbetätigung ihrer Konkurrenten geschützt zu sein.

1.2.2. Wettbewerbsfreiheit als Voraussetzung zum Wettbewerb

Die Garantie zur freien Teilnahme am Wettbewerb und zur, zumindest relativen, Freiheit im Wettbewerb bewirkt, daß die Wettbewerbsteilnehmer bereit sind, Wirtschaftsrisiken zu tragen und den Wettbewerb durch ihre Teilnahme neue Impulse zu geben, d.h. den Wettbewerb als Marktform aufrechtzuerhalten. Somit stellt die Wettbewerbsfreiheit eine Voraussetzung zum Wettbewerb dar. Wäre sie gleichzeitig sein Ziel, diente der Wettbewerb allein seiner eigenen Aufrechterhaltung, und zwar in der Ausprägung möglichst unbeschränkter Freiheit. Freiheit ist dem Wettbewerb zwangsläufig immanent, da es einen unfreien Wettbewerb definitorisch gar nicht geben kann. Wettbewerb impliziert freie Preisbildung und freie Wahl des Abnehmers oder Anbieters, so daß Freiheit kein

eigenständiges Wettbewerbsziel sein kann (29). Damit wird die These widerlegt, Wettbewerb sei nicht nur Selbstzweck, sondern werde instrumentalisiert zur Sicherung der Freiheit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer, einer Zielvorstellung, die über den Wettbewerb hinausweise (30). Darüberhinaus erweckt die letztgenannte These deshalb Zweifel an ihrer Realitätsadäquanz, weil die Wettbewerbsfreiheit von den Wettbewerbern so wenig gewürdigt wird, daß sie sie weitgehend einzuschränken versuchen, um den Wettbewerb durch Kartellierung, Wettbewerbsregeln und sonstiger Absprachen möglichst übersichtlich werden zu lassen, so daß Wettbewerb in seinem Sinngehalt als Konkurrenzveranstaltung ad absurdum geführt wird. Es erscheint somit wenig einsichtig, Wettbewerbsfreiheit als Zielvorstellung des Wettbewerbs verwirklichen zu wollen, wenn die Realitätsanalyse die Verwirklichung grundsätzlich in Frage stellt.

Abgesehen von dem Idealcharakter der liberalen Wettbewerbsschau ist noch unerörtert geblieben, ob diese gesellschaftspolitische Vorstellung in Anbetracht der Wirtschaftsentwicklung zu rechtfertigen ist.

1.2.3. Wettbewerbsfreiheit zur Manifestierung bestehender wirtschaftlicher Machtverhältnisse

Entsprechend der Begriffsbestimmung von GIERSCH (31) ist unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Machtverhältnisse zwischen formaler Handlungsfreiheit und materialer Entschließungsfreiheit zu unterscheiden, wobei erstere im demokratischen Rechtsgefüge allen Wirtschaftssubjekten garantiert ist, die Entschließungsfreiheit jedoch machtschwachen Klein-

---

29. Vgl. H.WÜRDINGER, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft, K 1953, Heft 8, S.10 = WuW 1953, S.721 ff.
30. Vgl. F.-J.SÄCKER, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme..., S.15; HOPPMANN, Workable Competition..., S.149 f.; derselbe, Zum Problem..., S.14 ff.
31. H.GIERSCH, Allgemeine Wirtschaftspolitik, S.73 f.

unternehmen weitgehend faktisch fehlt. Hinsichtlich einer adäquaten Erfassung von Marktmacht (32) ist es demzufolge notwendig, die Differenzierung durchzuführen. Entscheidend für die weitere Diskussion ist die Herstellung der Kongruenz im Freiheitsbereich, die durch den Abbau wirtschaftlicher Macht bzw. der Zusammenarbeit schwacher Marktpartner erreicht werden könnte. Die Problematik ist in dieser Arbeit insoweit von Interesse, als die Begründung zum Regierungsentwurf durch Einführung des Leistungswettbewerbs eine Stärkung der Klein- und Mittelbetriebe vorsieht.

In der wettbewerbstheoretischen Literatur wird z.T. argumentiert, daß in den beiden größten Industrieländern mit marktwirtschaftlicher Verfassung, in den USA und der BRD, eine Wettbewerbspolitik betrieben werde, bei der man sich dafür entschieden habe, die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern. Daraus wird abgeleitet, daß die Freiheit des Wettbewerbs ein Ziel der Wettbewerbspolitik sei (33). Dagegen sind allerdings andere Stimmen anzuführen, die bedauern, daß in diesen Ländern keine entschiedene Wirtschaftspolitik in konstruktiver Form betrieben werde (34). Bevor erläutert wird, worauf dieser eben angezeigte Mangel zurückzuführen ist, bedarf es einer kurzen Erörterung, welche Einwände grundsätzlich gegen die Wettbewerbsfreiheit als wettbewerbspolitische Zielvorstellung anzuführen sind und warum der Wettbewerb an der wachstums- bzw. gesamtwohlorientierten Zielvorstellung auszurichten ist.

Da die Entscheidung für eine durch Wettbewerb zu verwirklichende Zielvorstellung nicht in einem rechtsfreien Raum, sondern auf dem Boden unserer Rechtsordnung zu treffen ist, ist diese auf etwaige Präjudizien hin zu untersuchen.

---

32. H.BARTLING, Wirtschaftliche Macht unter wettbewerbspolitischem Aspekt, S.28 ff., 36.
33. K.H.BIEDENKOPF, in: BIEDENKOPF-CALLMANN-DERINGER, S.16 ff.
34. F.MACHLUP, Oligopol und Freiheit, in: ORDO, Bd.XVIII, S.63; G.J.STIGLER, Die Wandlung des Oligopolproblems, in: ORDO, Bd. XVIII, S.75.

1.2.4. Der durch die Rechtsordnung geschützte Wettbewerb

1.2.4.1. Schutzzweck des § 1 GWB

§ 1 GWB hat unmittelbar die Aufgabe, die Freiheit im Wettbewerb zu schützen. Da diese Vorschrift als grundlegende Bestimmung des ganzen GWB oder jedenfalls als Grundsatzbestimmung im Bereich der horizontalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden und Beschlüsse zu verstehen ist (35), könnte man daraus schließen, daß der Schutzzweck des GWB in der Aufrechterhaltung uneingeschränkter Wettbewerbsfreiheit gesehen wird. Diese begrenzte Zielgerichtetheit des GWB widerspricht jedoch der in der Begründung zum Entwurf des GWB explizierten Zielvorstellung, wonach das GWB "die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen soll, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt "(36). Demnach verfolgt das GWB jedenfalls zwei Ziele, zum einen

— die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen und wirtschaftliche Macht zu beseitigen

und zum anderen

— Leistungssteigerung und bestmögliche Versorgung der Verbraucher zu gewährleisten (37).

Der Schutzzweck des GWB ist somit nicht unmittelbar dem Wortlaut des § 1 zu entnehmen, sondern ist darüberhinaus in der bestmöglichen Verbraucherversorgung zu sehen.

§ 1 dient mithin nicht der Klärung der Kontroverse, welche Zielvorstellungen der Wettbewerb primär verwirklichen soll.

---

35. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.29.
36. Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2.Wahlperiode, nach Anlage 1 zu Bundestagsdrucksache 1158, zitiert nach: Gemeinschaftskommentar, 1.Auflage, S.1057 1.Sp. und S.1059 1.Sp.
37. E.HOPPMANN, Exportkartelle und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S.79.

Die Vorschrift sagt auch nichts darüber aus, auf welche Aktionsparameter sich die durch § 1 geschützte Wettbewerbsfreiheit erstreckt. Unter Zugrundelegung eines umfassenden Begriffs von Wettbewerbsfreiheit schütze § 1 nicht die Handlungsfreiheit der an einem Kartellvertrag beteiligten Unternehmen, sondern die Wettbewerbsfreiheit der unbeteiligten, aber betroffenen Marktpartner (38). Es ist HOPPMANN (39) darin zuzustimmen, daß die Kontroverse um Gegenstands- und Folgetheorie die Diskussion über die Auslegung des § 1 dadurch auf ein falsches Gleis verschoben habe, daß sie auf der Grundlage der "inter-partes-Interpretation" ausgetragen werde. Unter Berücksichtigung des Wortlautes des § 1 bietet sich folgende Interpretation an: Die Funktion der Vorschrift besteht darin, durch die Unwirksamkeitserklärung von Verträgen und Beschlüssen die rechtliche Bindung der Kartellmitglieder zu beseitigen und ihre wettbewerbliche Handlungsfreiheit zu garantieren. Demnach wäre der Wettbewerb beschränkt, wenn die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Vertragspartner untereinander durch rechtliche Bindungen beseitigt oder eingeschränkt wird.

Der Schutzzweck des GWB erstreckt sich jedoch nicht nur auf die Sicherung der individuellen Handlungsfreiheit, sondern besteht darüberhinaus in der Beseitigung wirtschaftlicher Macht mit dem Ziel optimaler Verbraucherversorgung. Adressaten dieses Schutzzwecks sind nicht die Kartellvertragsparteien, sondern die am Marktprozeß beteiligten Dritten; denn in dem Abschluß eines Kartellvertrages liegt in der Regel die Intention, im Verein mit mehreren eine wirtschaftliche Machtstellung zu erreichen oder zu festigen, um dadurch den Wettbewerb zu "entschärfen". Folglich wird im wesentlichen die Wettbewerbsfreiheit der am Vertrag nicht beteiligten Marktpartner tangiert. Insofern ist dem umfassenden Freiheitsschutz durch § 1 zuzustimmen, der jede Beschränkung durch Kartellabsprachen und Marktzugangsbeschränkungen, die die Wettbewerbsintensität

38. E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in: DB 1970, S.94.
39. E.HOPPMANN, in: DB 1970, S.94 f.

senkt und damit das Wirtschaftswachstum behindert, verbietet (40). Zusammenfassend ist mithin festzustellen, daß der Schutzzweck des § 1 über den unmittelbaren Freiheitsschutz der Wettbewerber im Interesse optimaler allgemeiner Bedarfsdeckung hinausgeht.

1.2.4.2. Wettbewerb im Kontext der Verfassung und der freiheitlichen Privatrechtsordnung

Für die gesellschaftspolitische Zweckbestimmung des Wettbewerbs könnten sich aus der Verfassung Anhaltspunkte ergeben.

Es wird z.B. die Meinung vertreten, Art.2 Abs.1 GG gewähre den einzelnen Unternehmen das Recht, sich durch freie Leistungskonkurrenz auf dem Markt gegenüber anderen Unternehmen durchzusetzen (41). Ferner wird argumentiert, daß "in einer entwickelten, freiheitlichen Privatrechtsordnung, in der der Interessenausgleich zwischen den einzelnen Rechtssubjekten durch frei ausgehandelte Austauschverträge zustandekommen soll und die Wertrelationen zwischen den einzelnen Gütern durch Angebot und Nachfrage über den Preis bestimmt werden, der Wettbewerb das entscheidende Instrument sei, das die gegenseitige Unabhängigkeit und Wahlfreiheit der Vertragspartner institutionell verbürge"(42).

Dieser verfassungs- und privatrechtlichen Argumentation ist entgegenzuhalten, daß das Grundgesetz sich nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat und somit wirtschaftspolitische und auf jeden Fall wettbewerbspolitische Neutralität übt. In Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht (43) muß es als mißlungen gelten, in Art.2 Abs.1 GG "das Grundprinzip der Marktwirtschaft" zu sehen und darin die "Magna Charta der Markt- und Wettbewerbswirtschaft" zu er-

40. E.HOPPMANN, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, S.290.
41. Vgl. B.GROSSFELDT, Die politische Tragweite der Wettbewerbsproblematik, in: WuW 1968, S.719 ff.
42. F.-J.SÄCKER, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme..., S.22 mit weiteren Hinweisen.
43. Bundesverfassungsgericht E vom 20.Juli 1957 zum Investitionshilfegesetz. A.M.:H.H.RUPP, in: FAZ Nr.278 vom 30.November 1972, S.22, - Für eine aktive Wettbewerbspolitik - Neunzehn Professoren fordern eine Reform des Kartellgesetzes.

kennen (44). Eine sehr weit gesteckte wirtschaftspolitische Eingrenzung nimmt das Grundgesetz allerdings vor: Einer uneingeschränkt liberalen Wirtschaftsgesetzgebung stehen Art.2 Abs.1 HS 2 und Art.15 GG sowie die Sozialstaatserklärung des Art.20 Abs.1 GG, einer rein sozialistischen Wirtschaftspolitik die Freiheitsgarantien des Art.2 Abs.1 HS 1 GG sowie der Art.11, 12 und 14 GG entgegen (45).

Darüberhinaus soll die Wettbewerbsfreiheit das politische Prinzip der Demokratie, das sich in der politischen Wahlfreiheit äußert, in Form ökonomischer Handlungsfreiheit in die Wirtschaftsverfassung transponieren (46). Bei dieser Betrachtungsweise wird die Machtstruktur einer demokratischen Gesellschaft allerdings nicht analysiert, sondern weginterpretiert, denn das Marktsystem hat die gleichen Schwächen wie die Demokratie (47). Die Wirklichkeit in beiden Bereichen ist die eines dauernden Machtkampfes, der durch die Institutionen des politischen und kommerziellen Systems begrenzt gelenkt werden kann (48).

So wenig, wie aus der Verfassung auf eine bestimmte Marktform geschlossen werden kann, so gefährlich ist es, von dem liberalen Gedankengut unseres Privatrechts dem Wettbewerb bestimmte Grundsätze zu implizieren, die ihn zum Vehikel absoluter Freiheit der Marktpartner werden lassen, denn dadurch wird der Blick versperrt für eine Realität, in der Freiheit unbeschränkte Machtausübung bedeutet.

---

44. Von MANGOLDT-KLEIN, Komm. z. GG, Bd.1, Art.2 Anm.III 8 mit weiteren Nachweisen.
45. A.HAMANN, Zum Investitionshilfe-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: BB 1954, S.781.
46. S. E.HOPPMANN, Workable Competition..., S.149 f.; derselbe, Zum Problem..., S.14 ff.; W.BENISCH, Kartellrechtliche Grundlagen der Gegengewichtsbildung, in: Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd.3, FIW-Schriftenreihe, Heft 35, S.99.
47. H.ALBERT, Reine Theorie und politische Ökonomie, zuerst in: Z.f.Stw., 1961, S.438 ff., zitiert nach: Soziologische Texte, Bd.36, hrsg. von H.MAUS und F.FÜRSTENBERG, S.70.
48. Derselbe, ebenda.

Wenn Postulate aus der Privatrechtsordnung wie:"der Interessenausgleich zwischen den einzelnen Rechtssubjekten soll durch frei ausgehandelte Austauschverträge zustandekommen" auf den Wettbewerb transponiert werden, müssen auch die strukturellen Voraussetzungen gegeben sein, um derartige liberale Verhandlungsgrundsätze verwirklichen zu können. In der Privatrechtswirklichkeit entscheiden reale Machtpositionen über Vor- und Nachteile von Verhandlungsergebnissen, wie es im Abschluß von Mietverträgen, der Durchsetzung allgemeiner Geschäftsbedingungen unddergl. zum Ausdruck kommt. Dabei bestimmt derjenige, der qua Eigentum die mächtigere Verhandlungsposition innehat, das Vertragsverhältnis. Nur wenn gleichstarke Partner in Verhandlungen eintreten, ist die freie Aushandlung der Vertragsinhalte positionell gewährleistet (49).

Machtgefälle bestehen bekanntlich auch unter Wettbewerbsteilnehmern. Wird die im Privatrecht illusorische Vorstellung von der freien Aushandlung der Verträge, die meist dazu dient, reale Machtverhältnisse zu verschleiern (50), auf das Marktgeschehen transponiert, werden unrealistische Forderungen in einen Bereich übertragen, in dem man sich jedenfalls bemüht, Machtmißbräuche zu beseitigen bzw. zu verhindern. Die weitere Durchsetzung liberalen Gedankenguts in der Wirtschaftsordnung hätte zur Konsequenz, daß bestehende Machtpositionen verstärkt würden. Dagegen sollte die Freiheit gerade umgekehrt proportional zur Marktmacht unbeschränkt genutzt werden können. Je mehr Marktmacht ein Wettbewerbsteilnehmer besitzt, desto mehr muß seine unternehmerische Freiheit eingeschränkt werden können (51).

---

49. I.SCHMIDT, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S.66; Vgl. K.BALLERSTEDT, Vertragsfreiheit und Konzentration, Rechtsprobleme einer Begründung und Bindung von Marktmacht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, S.537 ff.
50. Vgl. I.SCHMIDT, a.a.O., S.66.
51. Vgl. I.SCHMIDT, a.a.O., S.67; K.H.BIEDENKOPF, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für FRANZ BÖHM, S.135.

1.2.4.3. Wettbewerbsfreiheit auf der Basis ordoliberaler Vorstellungen

Der Freiheit des einzelnen Wettbewerbsteilnehmers könnte auf einem Markt mit vollständiger Konkurrenz Priorität eingeräumt werden, auf dem nach ordoliberaler Vorstellung das Gesetz von Angebot und Nachfrage souverän das Wirtschaftsleben beherrscht (52). Dabei gehen nach Ansicht BÖHMS (53) "in jeden einzelnen Marktpreis die individuellen Angebots- und Nachfrageentscheidungen aller Wirte ein, und jeder dieser sich als Ergebnis vergangener Individualentschlüsse herausnivellierenden Marktpreise dient dann, sobald er entstanden ist, wiederum zahllosen Individuen als orientierender Wegweiser für künftige individuelle Angebots- und Nachfrageentscheidungen". Demgegenüber ist heute festzustellen, daß eine wettbewerbspolitische Diskussion nicht mehr im Sinne dieser liberalen Theorie ausgetragen werden kann, soweit diese meint, ihre wirtschaftspolitischen Forderungen theoretisch mit dem Modell des vollkommenen Wettbewerbs begründen oder absichern zu müssen. Die Marktform der vollkommenen Konkurrenz ist insofern unrealistisch (54), als, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind;

— Es müssen viele kleine Anbieter vielen Nachfragern gegenüberstehen, die den Preis dem Markt entnehmen. Der Preis ist also Datum und kann nicht von einzelnen beeinflußt werden;

— Die Marktteilnehmer, die immer rational handeln, müssen vollständige Marktkenntnis besitzen;

ein nicht einmal wünschenswertes Marktgleichgewicht entsteht. Denn abgesehen davon, daß diese Art von Marktfunktion in der Wirklichkeit wohl niemals erreicht würde, stellt sie auch nicht die Form optimaler Markttätigkeit dar. Die geringe Wettbewerbsintensität zwischen den vielen kleinen Unternehmen würde dazu führen, daß der Produktivitätsstand niedrig bliebe und

52. R.KNÖPFLE, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S.99.
53. F.BÖHM, in: FAZ Nr.583 vom 10.6.1961 S.5.
54. H.-H.BARNIKEL, Zum Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: ZHR, S.363.

Faktoren gebunden würden, die an anderer Stelle besser genutzt werden könnten (55). Wegen der niedrigen Flexibilität der Einzelpreise käme der Selbststeuerungsmechanismus der Wirtschaft nicht zum Tragen. In dieser Art der "Schlafmützenkonkurrenz" könnten die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs gar nicht und die statischen nur unzureichend erfüllt werden (56). Auf die Wettbewerbsfreiheit könnte das wirtschaftspolitische Schwergewicht deshalb allenfalls in einer ordnungspolitisch durchstrukturierten und gegen Mißbräuche abgesicherten Wirtschaftsform gelegt werden, was jedoch insofern widersprüchlich erscheint, als in dem Fall die Freiheit bereits auf einen kontrollierten Spielraum geschrumpft ist.

Ordnungspolitische, wirtschaftsregulierende staatliche Maßnahmen sind allerdings unserer sozialen Marktwirtschaft so gut wie fremd, da sie sich stark an den traditionellen Laisser-faire-Liberalismus anlehnt und wirtschaftspolitische Einsichten ordoliberaler Provenienz abgelegt hat (57). In Ansehung der in der Bundesrepublik bislang praktizierten Wirtschaftspolitik soll die Wirtschaft sich in freiwilliger Selbstkontrolle bemühen, geordneten Wettbewerb zu treiben. Freiheit bleibt als Wettbewerbsvoraussetzung insoweit schützenswert, als die Wettbewerbsteilnehmer zur Handlungsinitiative, Risiko- und Investitionsbereitschaft motiviert werden müssen. Die Bereitschaft zur Teilnahme am Wettbewerb entsteht in unserer Wirtschaftsordnung der freien Marktwirtschaft dann, wenn dem Eigeninteresse des einzelnen Wettbewerbers genügend Aktionsspielraum zur Verfügung steht. Er ist nur dann bereit, den Wettbewerb aktiv zu beeinflussen, wenn sein Freiheitsspielraum möglichst unangetastet bleibt von ordnungspolitischen Vorstellungen im Hinblick auf wachstumspolitische Ziele, für die der Wettbewerb instrumentalisiert wird. Wettbewerbsfreiheit dient zwar als Ansporn zur Privatinitiative und Antrieb zur Leistungssteigerung, aber mit der

---

55. Vgl. dazu H.GIERSCH, Allgemeine Wirtschaftspolitik, S.122; W.RÖPKE, Wettbewerb (II) Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung, in: H.d.Sw. Bd.12, S.29 ff.
56. F.A.LUTZ, Bemerkungen zum Monopolproblem, in: ORDO VIII (1956), S.32.
57. R.BLUM, Soziale Marktwirtschaft, S.122 ff. und passim.

Einschränkung, daß absolute Freiheit als sinnlos gilt (58). In diesem Kontext findet die historische Erkenntnis, daß Freiheit, um segensreich zu sein, einer konsequenten Ordnung bedarf (59), iterativ Relevanz. Obwohl der Wettbewerb ordoliberaler Prägung wegen der vorgesehenen Marktform "vollständige Konkurrenz", der angeblich "befehlswirtschaftlichen Komponente" (60) und dergleichen ordnungspolitischer Vorstellungen stark kritisiert wurde und wird, bietet nur der Wettbewerb als ordnungspolitische Kategorie mit entsprechenden staatlichen Kontrollen die Sicherheit gegen mißbräuchliche Ausnutzung wettbewerblicher Freiheit. Diese Erkenntnis wirtschaftspolitischer Notwendigkeit gilt es in die Praxis umzusetzen, ohne daß als Alternative zur Wettbewerbswirtschaft mit absoluter Freiheitsgarantie nur die Zentralplanwirtschaft übrigbliebe (61).

Die antipodische Darstellung von angeblich nur zwei möglichen Wirtschaftsformen, die keine eigenständigen Mischformen zulassen, wird von nicht wenigen Vertretern einer ausgeprägt liberalistischen Richtung deutscher Wirtschaftstheoretiker neoliberaler Provenienz vertreten (62). Diese Ansicht ist insbesondere aufgrund konkreter Gegenbeispiele abzulehnen.

1.2.4.4. Wettbewerb in der sozialistischen Wirtschaft

Die Wirtschaftsentwicklung einiger in den östlichen Staatenblock intregierter Länder, die ursprünglich als Zentralplanwirtschaft projektiert war, hat in der jüngsten Vergangenheit gezeigt, daß im Zusammenspiel der objektiv wirtschaftsfördernden Kriterien aus der Wettbewerbs- und der Zentralplanwirtschaft die Konvergenz der Systeme nicht nur möglich ist, sondern zu ihrer optimalen Entfaltung führen kann (63).

---

58. L.MIKSCH, Wettbewerb als Aufgabe, S.221.
59. A.SMITH, Der Reichtum der Nationen 1.Bd., S.133, nach der Übersetzung von MAX STIRNER und der englischen Ausgabe von CANNAN (1904).
60. F.OTTEL, Wirtschaftspolitik am Rande des Abgrundes, S.121 ff.; derselbe, Untergang oder Metamorphose der Sozialen Marktwirtschaft, S.28 f.; E.E.NAWROTH, Die wirtschaftspolitischen Vorstellungen des Neoliberalismus, S.19.
61. F.BÖHM, F.A.LUTZ, F.W.MEYER, Vorwort zu ORDO XII S.XL.
62. Vgl. statt vieler E.HOPPMANN, Problem einer praktikablen Definition des Wettbewerbs, S.23.
63. O.SIK, Das neue Verhältnis zwischen Wirtschaftsplanung und Marktmechanismus in der CSSR, passim.

Jugoslawien befindet sich zur Zeit auf dem Wege immer stärkerer wirtschaftspolitischer Orientierung an der Wettbewerbswirtschaft, und zwar dergestalt, daß die unternehmerische Entscheidungsfreiheit seit dem Reformjahr 1971 nur noch rudimentär durch staatliche Wirtschaftslenkung begrenzt ist. Bis zu dem genannten Zeitpunkt konnten die Unternehmen nur im innerbetrieblichen Bereich selbständige Entscheidungen treffen. Dazu gehörten z.B. nicht die Gewinnverteilungsmodalitäten, die auf makroökonomischer Basis durch Wirtschaftspläne festgelegt wurden und primär gesellschaftspolitische Notwendigkeiten berücksichtigten. Darüberhinaus war die mikroökonomische Freiheit der Unternehmen begrenzt durch staatliche Wirtschaftsplanifikation.

Trotz dieses staatlichen Lenkungssystems, das wohl auf das mangelnde Vertrauen des Staates in das Funktionieren der Arbeiterselbstverwaltung zurückzuführen ist, bestand schon vor 1971, als wesentliche Entscheidungsbereiche wie die Gewinnverteilung innerbetrieblichen Gremien überlassen wurden, eine auf Wettbewerb basierende Marktwirtschaft, durchsetzt von Elementen der Zentralplanwirtschaft. Die Tschechoslowakei wurde aus spezifisch machtpolitisch-ideologischen Gründen an der Praktizierung dieses von ihren ehemals führenden Wirtschaftstheoretikern erarbeiteten Konzepts gehindert. Auch dort ging die Entwicklung dahin, den zentralen Wirtschaftsplan als makroökonomischen Rahmenplan zu konzipieren, innerhalb dessen die Betriebsmitglieder ungefähr wissen sollen, was von ihnen erwartet wird. In dem Rahmen obliegt es dem Betrieb, die Effektivität zu berechnen und den Plan dementsprechend zu gestalten (64). Als entscheidend für die größere Freiheit der Betriebe galt die Anregung eines sog. ökonomischen Interesses (65), mit dem das Wettbewerbsinteresse gemeint war. Eines der schwierigsten und wichtigsten Probleme bei der Einführung der Marktbeziehungen war die Preisbildung. Der Preis sollte als Knappheitsmesser der angebo-

64. O.SIK, Das neue Verhältnis zwischen Wirtschaftsplanung und Marktmechanismus in der CSSR, in: Probleme zentraler Wirtschaftsplanung, Schriftenreihe des Österreichischen Ost- und Südosteuropa-Instituts, Bd.2, hrsg. von K.WESSELY, S.52 ff., hier S.59/60.
65. Derselbe, a.a.O., S.62.

tenen Güter fungieren und dabei den bestehenden Widerspruch zwischen Angebot und Nachfrage lösen. So sollte der Marktmechanismus zu einer wirklichen Bedarfsdeckung führen, die die Zentralplanwirtschaft nicht erreichte.

Eine ähnliche Entwicklung ist in Ungarn (66), Polen (67) und der UdSSR (68) zu verzeichnen; denn setzt man als Beurteilungskriterium der Planwirtschaft das maximale Wachstum der wirtschaftlichen Wohlfahrt an, so besteht die neue Grunderkenntnis der sozialistischen Politökonomen darin, daß sie ohne Ausnutzung des Marktmechanismus innerhalb einer neu begriffenen sozialistischen Planung nicht weiterkommen. Insofern soll die Privatinitiative der einzelnen Betriebe zu einem intensiveren Wirtschaftswachstum führen. Der Marktmechanismus soll damit in den Dienst einer möglichst umfassenden Befriedigung der gesellschaftlichen Bedürfnisse gestellt werden. Die erwiesenen Mängel des zentralistischen Modells, das Fehlen eines wirksamen Mechanismus des technischen Fortschritts, die ungenügende Flexibilität bei der Anpassung der Produktionsstruktur an die Nachfragestruktur und das verzögerte Reagieren auf Erfordernisse der Qualitätsverbesserung (69) sollen durch den Marktmechanismus behoben werden, der jedenfalls partielle Freiheitsbereiche wie Mitentscheidung, ökonomisches Interesse und Produzentenverantwortung zur Voraussetzung hat. Die Stabilisierung dieses Konzepts hängt von dem allgemeinen politischen Liberalisierungswillen ab. An diesem Problem ist die CSSR bekanntlich gescheitert.

Die genannten Beispiele zeigen, daß Marktwirtschaft von staatlichen Lenkungsmechanismen unterschiedlichen Intensitätsgrades strukturiert sein kann. Zum anderen geht daraus hervor, daß die Wettbewerbsfreiheit, die den Unternehmen in mehr oder weniger beschränktem Ausmaß zugestanden wird, zwar eine Voraussetzung zum Wettbewerb bildet, aber nicht dessen Zielvorstellung; denn in den o.g. Staaten wurde die Einführung der Wett-

66. E.WILCSEK, a.a.O., Diskussionsbeitrag, S.69.
67. W.BRUS, Funktionsprobleme der sozialistischen Wirtschaft, S.332 ff.
68. DER SPIEGEL, 27.Jg., Nr.15, vom 9.April 1973, S.102 ff.
69. W.BRUS, a.a.O., S.335.

bewerbswirtschaft staatstheoretisch allein damit gerechtfertigt, daß sich dadurch die volkswirtschaftliche Produktivität erhöhe.

Es hat den Anschein, daß einige Autoren die Wettbewerbsfreiheit deshalb als notwendige Zielvorstellung des Wettbewerbs darstellen, weil die wachstumspolitischen Konzeptionen sie nicht überzeugen. Dabei erkennen sie durchaus, daß der absolute Freiheitsschutz als wettbewerbspolitischer Aktionsparameter nicht ausreicht (70). Diese liberale Wettbewerbsargumentation, die zwangsläufig zu einer Ablehnung strukturpolitischer Konzeptionen konstruktiver Wirtschaftspolitik führt, bedarf im Hinblick auf ihre freiheitlichen Implikationen noch einer näheren Erörterung. Vorab soll jedoch der Inhalt eines Konzeptes des funktionsfähigen Wettbewerbs umrissen werden, das für den Verlauf dieser Arbeit insofern notwendig ist, als es die Grundlage für die Definition des leistungsgerechten Wettbewerbs bildet. Dabei werden neuere Ergebnisse der Oligopoltheorie sowie empirischer Erhebungen über den Zusammenhang von Unternehmensgröße und Wettbewerbsintensität insoweit berücksichtigt, als sie die Wirksamkeit bzw. Funktionsmäßigkeit des Wettbewerbs nachweisbar beeinflussen.

1.3. Ergebnis

Die freiheitssichernde Funktion des Wettbewerbs soll durch rechtliche Bindung privater Macht wahrgenommen werden. Angesichts des wirtschaftlichen Marktmachtgefälles scheint es nicht realisierbar, daß der Wettbewerb als selbstregulierender Steuerungsmechanismus aufgrund bestimmter sozialer Gegebenheiten der Sicherung der Individualfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer dienen kann. Darüberhinaus wird die Wettbewerbsfreiheit nur insoweit für schützenswert gehalten, als sie der Antriebsfunktion im Wettbewerb dient.

Wettbewerbliche Zielvorstellung ist die allgemeine optimale Bedarfsbefriedigung, die durch einen staatlich korrigierten Marktmechanismus erreichbar ist. Die Wettbewerbsfreiheit ist,

---

70. Vgl. E.HOPPMANN, Workable Competition..., S.165 ff. und derselbe, Zum Problem..., S.22.

sofern sie für schützenswert gehalten wird, nicht als individuelle Handlungs-, sondern als kollektive Entschließungsfreiheit zu garantieren. Gesellschaftspolitisch entscheidend ist die gleiche Freiheit, und zwar in der Herstellung der Gleichheit durch Schutz der wirtschaftlich Schwachen (71).

2. Die Voraussetzungen eines wirksamen Wettbewerbs

Konzeptionen des funktionsfähigen im Sinne von wirksamen Wettbewerbs setzen zumeist bestimmte Marktformen und mit diesen korrespondierende Verhaltensweisen bzw. Marktergebnisse als Orientierungsdaten. Aus diesen drei interdepenten Faktorkategorien sind Systeme entwickelt worden, die optimale Wettbewerbsbedingungen schaffen sollen.

Die Ordoliberalen mit ihrem bekanntesten wirtschaftswissenschaftlichen Exponenten WALTER EUCKEN nahmen an, daß das konstante Marktformmodell der vollständigen Konkurrenz die optimalen Voraussetzungen für das Funktionieren des Wettbewerbs liefere (72). Es sollte nicht nur eine Leistungssteigerung bewirken, sondern die dadurch erzielten Preise sollten den Wirtschaftsprozeß lenken (73). Allerdings kann der Preis als Datum für Marktteilnehmer noch auf andere Weise festgesetzt werden. Hierin besteht der Unterschied dieses Konzeptes zur vollständigen Konkurrenz der ökonomischen Theorie (74), dessen Nichtbeachtung zu Mißverständnissen über die Wirklichkeitsnähe der Konzeption EUCKENS führt. EUCKEN stützt sich auf die vorhandene Marktform und staatliche Strukturpolitik, um die Marktform der vollständigen Konkurrenz dort herzustellen, wo sie nicht vorhanden ist, und auf die staatliche Preissetzung in den Bereichen, wo die Strukturpolitik keinen Erfolg verspricht und der

71. K.H.BIEDENKOPF, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechtes, in: BIEDENKOPF-CALLMANN-DERINGER, S.31; vgl. auch W.HAMM, zum Problem der Ausbeutung schwächerer Marktpartner aufgrund wirtschaftlicher Macht, in: FAZ Nr.116 vom 19.Mai 1973, S.17.
72. W.EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S.245 f. und derselbe, Die Grundlagen der Nationalökonomie, S.151 ff.
73. W.EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S.249.
74. S. dazu H.von STACKELBERG, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, S.167; E.KÜNG, Zur Lehre von den Marktformen und Marktbeziehungen, S.19 ff., S.69 ff.

Staat deshalb dafür zu sorgen hat, daß der Preis für die Marktteilnehmer ein Datum darstellt (75). Der Staat soll in diesen Fällen die Ergebnisse der Marktform der vollständigen Konkurrenz für sie herstellen, wenn notwendig durch staatliche Preissetzung und Preiskontrolle (76).

Die entsprechenden Vorstellungen von MIKSCH (77) gehen dahin, einen vom Unternehmerwillen unabhängigen Preis zu finden, der eine rationelle Produktion erzwingt und sich parallel mit der Bewegung der freien Preise entwickelt. Dies soll im Oligopol zu verwirklichen sein, wenn man die Unternehmen zu einem "Leistungsverband" unter einem staatlichen Treuhänder als Vertreter der Allgemeinheit zusammenschließt.

Zum Verständnis der wirtschaftstheoretischen Grundlagen der ordoliberalen Lehre sowie der neueren Spielarten der Oligopoltheorie, die durch die Kooperationserleichterungen für Klein- und Mittelbetriebe ins GWB Eingang finden sollen, werden kurz die wichtigsten Ansätze H.von STACKELBERGS dargestellt, auf den sich auch EUCKEN beruft (78).

Nach v.STACKELBERG ist die vollständige Konkurrenz "insofern die zweckmäßigste Organisationsform (79), als sie für die Entfaltung der produktiven Kräfte die günstigsten Bedingungen bietet" (80). Für ihn bedeutet die Entscheidung für die Verkehrswirtschaft keinen Verzicht auf staatliche Wirtschaftslenkung (81). Deshalb hält er es für zweckmäßig, wenn der Staat oligopolistische Märkte "durch geeignete organisatorische Maßnahmen in die Form vollständiger Konkurrenz (überführt), die er vielleicht besser zu beaufsichtigen vermag" (82).

---

75. W.EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S.241 ff.
76. F.BÖHM, Die Ordnung der Wirtschaft, S.163; L.MIKSCH, Wettbewerb als Aufgabe, S.222 f.; derselbe, Die Wirtschaftspolitik des Als Ob, S.310 ff.
77. L.MIKSCH, Wettbewerb als Aufgabe, S.98 ff.
78. W.EUCKEN, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, S.21.
79. H.von STACKELBERG, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, S.335 ff.
80. Derselbe, a.a.O., S.337.
81. H.von STACKELBERG, Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung, S.199.
82. H.von STACKELBERG, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, S.248.

Trotz Ablehnung der konstanten Marktform der vollständigen Konkurrenz (83) aufgrund fortschreitender Marktanalyse sind aus dem Kontext ordoliberaler Vorstellungen entscheidende strukturpolitische Ansätze herauszulösen und bei der Beurteilung neuerer Konzeptionen vom funktionsfähigen Wettbewerb zu berücksichtigen. So sollen oligopolistische Märkte bestehen bleiben, allerdings unter staatlicher Kontrolle. Zum anderen wird staatliche Wirtschaftslenkung grundsätzlich für notwendig gehalten, die jedoch nicht mit der freien Verkehrswirtschaft konfligiert. In den Zusammenhang ordnungspolitischer Vorstellungen sind die später aufgestellten Modelle vom funktionsfähigen Wettbewerb einzuordnen, auch das von KANTZENBACH, das ausführlicher diskutiert werden soll.

Das Modell der vollständigen Konkurrenz wird als irrelevant und irrtümlich abgelehnt, seitdem versucht wird, den Wettbewerb als dynamischen Vorgang im Marktgeschehen vom Verhalten der Beteiligten her zu erfassen. Demgemäß wird der Wettbewerb als ein zeitlicher Ablauf von Handlungen dargestellt, die sich gegen- und wechselseitig beeinflussen, mithin als ein Marktprozeß (84). Innerhalb dieses Marktprozesses ist nunmehr ein Stadium festzustellen, in dem die Wettbewerbsintensität am größten und der Wettbewerb somit am wirksamsten ist.

2.1. Die Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen

Der wirksamste Wettbewerb, der nach KANTZENBACH von der optimalen Entfaltung der Wettbewerbsfunktionen abhängt, soll im weiten Oligopol stattfinden. Die dem Wettbewerb zugeschriebenen Funktionen sind nicht auf die KANTZENBACH'sche Aufzählung begrenzt. Eine allgemein anerkannte Aufstellung und Reihenfolge von Wettbewerbsfunktionen gibt es nicht. CLARK nennt z.B. zehn Funktionen (85), während KAYSEN/TURNER von vier Zielen ausgehen (86):

---

83. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S.153.
84. E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in: DB 1970, S.93; J.M.CLARK, Competition as a Dynamic Process, p.179 f.
85. J.M.CLARK, a.a.O., p.63 ff.
86. C.KAYSEN and D.F.TURNER, Antitrust Policy - An Economic and Legal Analysis, p.11-16 und 44 f.

— ein gutes Marktergebnis in verschiedenen Dimensionen;

— Schutz des Wettbewerbsmechanismus als eines anonymen Kontrollinstruments durch Begrenzung ökonomischer Macht (87);

— Verbot unlauteren Verhaltens;

— Begrenzung der sozialen Macht des Big Business.

BAIN hat folgenden Zielkatalog aufgestellt:(88)

— Vollbeschäftigung der Produktionsfaktoren;

— optimale Faktorallokation;

— keine ungebührlichen konjunkturellen Schwankungen;

— eine möglichst hohe Rate des technischen Fortschritts;

— Angebotszusammensetzung gemäß den Käuferpräferenzen;

— leistungsgerechte Einkommensverteilung.

Die teilweise sehr umfangreiche Funktionenzusammenstellung läßt sich überwiegend auf wenige Hauptziele konzentrieren. Die differierenden Ansichten über die Wettbewerbsfunktionen sollen den unterschiedlichen subjektiven Vorstellungen über die Wettbewerbsziele zum Erfolg verhelfen. Ihnen kommt damit ein teleologisches, normatives Element zu (89). Die unterschiedliche Gewichtung und Rangfolge der Wettbewerbsfunktionen ändert sich auch entsprechend der herrschenden wettbewerbspolitischen Auffassung.

CLARKS Zielkatalog wird, wie bereits erwähnt, bei KANTZENBACH auf fünf Ziele reduziert. Sie lassen sich in statische und

---

87. Dieselben, a.a.O., p.14: "Competition in this context is desirable because it substitutes an impersonal market control for the personal control of powerful business executives, or for the personal control of government bureaucrates."
88. J.S.BAIN, Industrial Organization, 2nd ed. 1968, p.498 und 13.
89. F.MACHLUP, Wettbewerb (III), in H.d.Sw. Bd.12, S.46. Ebenso L.JÜTTNER-KRAMNY, Zur Bedeutung der Unternehmensgrößen für den technischen Fortschritt, in: FIW-Schriftenreihe Heft 53, S.88 ff.

dynamische Funktionen einteilen. Die Funktionen der Einkommensverteilung nach Marktleistung, die Steuerungsfunktion und die Lenkungsfunktion gehören in den Bereich der statischen Gleichgewichtsanalyse und werden deshalb als statisch bezeichnet. Die Durchsetzung des technischen Fortschritts und die Möglichkeit der flexiblen Anpassung der Produktionskapazitäten an die außenwirtschaftlichen Daten sind als dynamische Funktion zu verstehen.

Komplikationen bei der Ausrichtung der Wettbewerbsfunktionen in der Wettbewerbspolitik ergeben sich dadurch, daß der Wettbewerb von der praktischen Wettbewerbspolitik zur Erreichung der gesamtwirtschaftlichen Ziele eingesetzt wird: Erhaltung der Preisstabilität, der Vollbeschäftigung, des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts und der Förderung des Wachstums. Dabei überträgt sich der wirtschaftspolitische Zielkonflikt, je nachdem, welches der Ziele aus dem sog. magischen Viereck vorrangig erreicht werden soll, auf die Wettbewerbspolitik, denn eine gleichzeitige und gleichrangige Erfüllung aller Wettbewerbsfunktionen zur Verwirklichung der gesamtwirtschaftlichen Ziele erscheint nicht möglich (90).

Welche Marktstruktur die optimale Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gewährleistet und damit als wettbewerbspolitisches Leitbild gelten kann, ist sehr umstritten. Es gibt allerdings einige feste Kriterien, die bekanntermaßen auf den Wettbewerb Einfluß nehmen, aber nach dem aktuellen Erkenntnisstand keine eindeutigen Schlüsse auf das Funktionieren des Wettbewerbs zulassen. Insbesondere die verstärkt empirisch arbeitende Wettbewerbstheorie in den USA (91) hat eine Vielzahl von Gesichtspunkten erarbeitet, mit Hilfe derer die Wirksamkeit des Wettbewerbs und damit zugleich das Vorhandensein von Macht, die diese Wirksamkeit gefährdet, beurteilt werden kann. Die wich-

90. Vgl. K.SCHILLER, Wirtschaftspolitik, in: H.d.Sw. Bd.12, S.210 ff. und 215, der darauf hinweist, daß die im Stabilitätsgesetz verankerten gesamtwirtschaftlichen Ziele nicht allein durch Aufrechterhaltung des Marktmechanismus zu realisieren sind, sondern durch eine globalsteuernde Geld-, Währungs- und Finanzpolitik ergänzt werden müssen.
91. Vgl. J.S.BAIN, Industrial Organization.

tigsten sind Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis. Unter Marktstruktur wird vor allem die Verteilung des Angebots und der Schwierigkeitsgrad für den Marktzugang neuer Anbieter verstanden.

Das Marktverhalten ist die Summe der Verhaltensweisen der einzelnen Marktteilnehmer, wobei es insbesondere um die Frage geht, ob bei Vorhandensein mehrerer Anbieter deren Entscheidungen darüber, welche Mengen zu welchen Bedingungen angeboten werden, unabhängig voneinander in Rivalität oder durch bewußtes Aneinanderanpassen oder gegenseitige Abstimmung getroffen werden.

Als Marktergebnis wird das Gesamtergebnis des Verhaltens der Anbieter auf einem Markt verstanden, insbesondere der Grad wirtschaftlicher und technischer Effizienz der Anbieter sowie der Beschäftigung und der Leistungsgerechtigkeit der Einkommensverteilung. Diese Kriterien, die einander zum Teil bedingen und unter denen Interdependenzen bestehen, liefern dennoch letztendlich keine exakten Daten dafür, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Intensitätsgrad ein Aufeinandereinwirken von Marktergebnis, -verhalten und -struktur gegeben ist, so daß daraus die Voraussetzungen des funktionsfähigen Wettbewerbs abzuleiten wären.

2.2. Wettbewerbsideologie

Inwieweit sich Wettbewerb tatsächlich allgemein wachstumsfördernd auswirkt, d.h. die ihm zugeschriebene Aufgabenstellung in Erfüllung der ihm zugeschriebenen Funktionen löst, ist umstritten (92). Als Kritik wird geltendgemacht, daß z.B. das Theorem der optimalen Faktorallokation, wodurch die größte Produktivität unter dem Einsatz geringster Gesamtkosten erreicht werden soll, lediglich von der Frage ablenke, wem die Faktoren gehören und wie sie verteilt sind (93). Zudem sei

92. E.GÖRGENS, Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, in: Beiträge zur Wirtschaftspolitik, Bd.10, hrsg. von E.TUCHTFELDT.
93. F.ROMIG, Die ideologischen Elemente in der neoklassischen Theorie, S.43.

die Bestimmung der Produktion durch den Verbraucher irreführend, da die Manipulation des Verbrauchers durch das "Management der gezielten Nachfrage" (94) eigene Willensentscheidungen der Verbraucher verhindere. Weder bestimmten Angebot und Nachfrage das Wie der Produktion noch bestimmten Angebot und Nachfrage nach Produktionsfaktoren über deren Preise die Einkommen (95). Darüberhinaus habe der Begriff des technischen Fortschritts repressiven Charakter, der jede Infragestellung des mit ihm verbundenen Systems ausschließe (96).

Die vorgebrachte Kritik am Wettbewerbssystem erscheint unter der Voraussetzung zutreffend, daß keine korrigierenden Eingriffe von Seiten des Staates vorgenommen werden. Sie führt nicht zur zentralistischen Planwirtschaft, da in den letzten Jahren gerade von Vertretern sozialistischer Wirtschaftstheorie Mängel an ihrem System aufgezeigt werden, die sie für die Einführung partieller Marktwirtschaft votieren lassen. So sei die Dynamik in den höchstentwickelten sozialistischen Ländern durch das zentralistische Modell empfindlich gehemmt worden, dem ein wirksamer Mechanismus des technischen Fortschritts fehle, dem ungenügende Flexibilität bei der Anpassung der Produktionsstruktur an die Nachfragestruktur und verzögertes Reagieren auf Erfordernisse der Qualitätsverbesserung angelastet werden (97).

Die Alternative zum mangelhaft funktionierenden Wettbewerbssystem ist somit nicht die Zentralplanwirtschaft, sondern entsprechend dem in dieser Arbeit vertretenen Denkansatz eine vom Mythos der Individualfreiheit entkrampfte, mit Hilfe staatlicher Regulative intakt gehaltene Marktwirtschaft, die die an sie gestellten Aufgaben erfüllen kann und damit eine möglichst umfassende gesellschaftliche Bedarfsbefriedigung gewährleistet. Zur Verwirklichung dieses Zieles wird ebenfalls der technische Fortschritt in Dienst genommen, wobei er schließlich seinen repressiven Charakter verliert. Dieser Problemkreis kann hier allerdings nur angeschnitten und keinesfalls umfassend erör-

94. J.K.GALBRAITH, The new Industrial State, S.223.
95. F.ROMIG, a.a.O., S.65.
96. H.MARCUSE, Der eindimensionale Mensch, Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, S.107 ff.
97. W.BRUS, Funktionsprobleme der sozialistischen Wirtschaft, S.335.

tert werden.

2.3. Wettbewerb im weiten Oligopol

KANTZENBACH mißt die unterschiedlichen Grade der Funktionserfüllung des Wettbewerbs an der Wettbewerbsintensität, die in der Reaktionsgeschwindigkeit imitierender Unternehmer beim Auftreten von Pionierunternehmen mit Vorsprungsgewinnen deutlich wird (98). Bei großer Anbieterzahl ist die Wettbewerbsintensität gering, bei sehr kleiner Anbieterzahl so stark, daß es zu Absprachen zwischen den Wettbewerbern zum Zwecke der Ausschaltung des Wettbewerbs führen kann. Zwischen diesen beiden Möglichkeiten finde sich die optimale Wettbewerbsintensität in der Marktform des "weiten Oligopols".

Diese Ansicht ist zum Teil auf starke Ablehnung gestoßen (99). Insbesondere hat sich HOPPMANN gegen dieses Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs gewandt (100). Die Kontroverse KANTZENBACH - HOPPMANN entstand aus den unterschiedlichen Zielkomplexen, die mittels Wettbewerbs verwirklicht werden sollen. KANTZENBACH versteht den Wettbewerb als gesamtwirtschaftlichen Kontrollmechanismus, der in Anwendung seiner Wettbewerbsfunktionen optimale Ergebnisse erziele (101). Er lehnt es im Gegensatz zu HOPPMANN ab, Wettbewerbsfreiheit in seinen Zielkatalog einzubeziehen (102). Aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielvorstellungen kommen sie zu differierenden Konzeptionen eines funktionsfähigen Wettbewerbs. KANTZENBACH will bestimmte strukturelle Voraussetzungen in der Form des "weiten Oligopols" setzen, um optimale Wettbewerbsintensität zu erzielen. Ausgehend von der Wettbewerbsfreiheit als Zielvorstellung des Wettbewerbs nimmt HOPPMANN dagegen Ursachen und Intensität von Freiheitsbeschränkungen als Gradmesser der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (103).

---

98. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S.45.
99. E.HOPPMANN, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, S.294.
100. Vgl. E.HOPPMANN, Das Konzept..., S.286 ff., und derselbe, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs - Bemerkungen zu KANTZENBACHS Erwiderung, in: Jb.N.St. Bd.181, S.251 ff.
101. Vgl. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., S.12 ff.
102. Derselbe, ebenda.
103. E.HOPPMANN, Workable Competition, S.165 ff., und derselbe, Zum Problem..., S.31-33.

Darüberhinaus wird es für fast undurchführbar gehalten, die Abgrenzung zwischen wettbewerbspolitisch erwünschten weiten und nicht erwünschten engen Oligopolen zu treffen (104). Außerdem könne es Wettbewerbsbeschränkungen und nachteilige Konzentrationserscheinungen fördern (105).

Darüber, inwieweit diese Bedenken zutreffen, hat bis heute keine Oligopoltheorie klärende Aussagen getroffen. Wettbewerbstheoretische Analysen haben bisher im wesentlichen nichts anderes ergeben, als daß der Erfüllung dynamischer Funktionen eine wettbewerbsbeschränkende Tendenz gegenübersteht (106). Wettbewerbspolitisch entscheidende Fragen:

— ob Großunternehmen fortschrittsfördernd wirken;

— ob Forschung und Entwicklung grundsätzlich besser in Groß- als in Klein- und Mittelunternehmen betrieben werden kann;

— ob Großunternehmen mit geringeren Kosten als Klein- und Mittelbetriebe mehr leisten können als diese,

werden nicht beantwortet. Ob Konzentration den Wettbewerb fördert oder hemmt, ist somit theoretisch nicht eindeutig zu klären. Dies schließt allerdings nicht die praktische Anwendung eines Konzeptes des funktionsfähigen Wettbewerbs aus, da sich "die Fruchtbarkeit der ökonomischen Perspektive erst in der Bewährung ökonomischer Theorien aufgrund der Erfahrung erweist." (107)

Wenn auch bisher kein wettbewerbspolitisch praktikables theoretisches Konzept zur Aufhellung der Korrelation zwischen Unternehmensgröße und wirksamem Wettbewerb erstellt wurde, so gibt es doch eine Reihe empirischer Ergebnisse, die einen Einblick in die dargestellten Beziehungen vermitteln.

---

104. B.SIMONIS, Die Aussagen der neueren Oligopoltheorie und ihre Bedeutung für die Wettbewerbspolitik, S.202 ff.
105. E.HOPPMANN, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, in Jb.N.St. Bd.181, S.256.
106. B.SIMONIS, Die Aussagen der neueren Oligopoltheorie..., S.202 ff., 207.
107. H.ALBERT, Reine Theorie und politische Ökonomie, a.a.O., S.40/41.

Insbesondere die Hearings des Subcommittee of Antitrust and Monopoly des amerikanischen Senats über "Economic Concentration" (108), deren Ergebnisse mit dem Chief Economist des Subcommittee, JOHN M.BLAIR, in der Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik des BMWi diskutiert wurden (109), geben Aufschluß über mögliche Zusammenhänge. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß die amerikanischen Untersuchungsergebnisse nicht unmittelbar auf die europäischen, speziell die deutschen Verhältnisse übertragen werden können (110). Zur Ergänzung wird deshalb das vom Stifterverband für die Deutsche Wirtschaft herausgegebene Zahlenmaterial berücksichtigt (111).

Die in den vorstehenden Fragen aufgeworfene Problematik ist in drei Bearbeitungskomplexe zu gliedern:

— die Beziehung zwischen Unternehmensgröße und der Entwicklung technischen Fortschritts,

— der Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und der Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen,

— Betriebs- und Unternehmensgröße und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

Die Untersuchung dieser Fragen ist insofern für die Aufgabenstellung dieser Arbeit relevant, als sich daraus die möglichen Voraussetzungen für eine wirtschaftspolitische Neukonzeption ergeben, die ebenfalls für die Auslegung des Leistungswettbewerbs Bedeutung erlangt. Die Bundesregierung hat sich kurz

---

108. Economic Concentration: Hearings before the Subcommittee of Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, United States Senats, US Government Printing Office, Washington D.C. 1964 - 1969.
109. Unternehmensgröße und Wettbewerb, Protokolle der Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik des Bundesministeriums für Wirtschaft, in: BMWi-Texte.
110. O.SCHLECHT, in: Unternehmensgröße und Wettbewerb, BMWi-Texte, S.202.
111. H.ECHTERHOFF-SEVERITT, Wirtschaftsaufwendungen in der Bundesrepublik Deutschland, Folgen 3 und 5: Aufwendungen der Unternehmen für Forschung und Entwicklung im Jahre 1967, in: Wirtschaft und Wissenschaft, hrsg. vom Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Nr.3 und Nr.5, 1969.

nach dem Erscheinen der Theorie von KANTZENBACH auf diese berufen, so daß seine Vorstellungen vom funktionsfähigen Wettbewerb auch auf den Regierungsentwurf zum GWB Einfluß genommen haben (112). In einem der drei Hauptklompexe der Kartellnovelle vom September 1971, den Kooperationserleichterungen durch Novellierung der §§ 28 Abs.2 sowie 5 b, hat die These Niederschlag gefunden, daß zumindest ein begrenzter Konzentrationsproezß im Interesse der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des technischen Fortschritts notwendig und wünschenswert sei (113).

2.3.1. Begriffsbestimmung der Unternehmensgröße

Der Begriff Unternehmensgröße wird näher bestimmt durch die drei Unternehmensklassen Kleinbetriebe, Mittelbetriebe und Großbetriebe (114). Diese Begriffsbildung hat trotz ihrer mangelnden Exaktheit Verbreitung gefunden. In dieser Denkkategorie handelt es sich nicht um Betriebsgrößenklassen, sondern um Unternehmungen.

Zur Unterscheidung der Größenklassen sind zwar quantitative und qualitative Abgrenzungskriterien aufgestellt worden, die allerdings keine Allgemeingültigkeit gewonnen haben (115). Die quantitative Abgrenzung wird in absoluter oder relativer Form, bezogen auf die Einteilung des relevanten Marktes vor-

112. W.KARTTE, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, S.34 f., 42 ff., 93 ff.
113. Vgl. J.A.SCHUMPETER, Capitalism, Socialism and Democracy; J.K.GALBRAITH, American Capitalism - The Concept of Countervailing Power; A.D.H.KAPLAN, Big Enterprise in a Competitive System; D.E.LILIENTHAL, Big Business - A new Era; E.SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schr.V.f.S. N.F. Bd.22, S.16-44; H.H.VILLARD, Competition Oligopoly and Research, in: Journal of Political Economy, vol.64, p.483 ff.
114. M.WOITRIN, Untersuchung über die Lage der industriellen Klein- und Mittelbetriebe in den EWG-Ländern, in: Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, Nr.4, Brüssel 1966, S.15.
115. Vgl. H.GROSS und J.MEIER, Größe und Größenstruktur der Unternehmen, Ursachen und Auswirkungen ihrer Wandlungen in der modernen Industriewirtschaft, FIW-Schriftenreihe, Heft 19, S.17 ff.

genommen (116). Als qualitative Merkmale zur Klassifizierung eines Unternehmens als Klein- oder Mittelbetrieb wird u.a. angeführt (117), daß sie keine Möglichkeit zur Beschaffung von Kapital über den Kapitalmarkt und Schwierigkeiten bei der Erlangung selbst kurzfristiger Kredite hätten und keine starke Position zum Aushandeln der Ein- und Verkäufe. Ferner bestehe für sie eine mehr oder weniger große Abhängigkeit von nahegelegenen Absatzmärkten und Versorgungsquellen.

Gerade im Hinblick auf die Relation zwischen Unternehmensgröße und technischem Fortschritt wird es nicht für sinnvoll gehalten, auf quantitative Unterscheidungsmerkmale zurückzugreifen, sondern für die genannte Beziehung kommt es speziell auf die wirtschaftliche Durchsetzungsfähigkeit an, die Erfindungen für Unternehmen nutzbar werden läßt. Es kann hier dahinstehem, ob die qualitativen Merkmale letztlich nicht wieder auf quantitativen beruhen und ob die hier getroffene Abgrenzung grundsätzlich befriedigend ist (118). Innerhalb des hier relevanten Bezugsrahmens werden die genannten qualitativen Kriterien für ausschlaggebend zur Differenzierung zwischen Klein-, Mittel- und Großunternehmen gehalten, wobei die beiden ersten Größenklassen zu einer zusammengezogen werden (119).

2.3.2. Unternehmensgröße und Entwicklung des technischen Fortschritts

Zu dieser Frage haben die Hearings des Subkommittee folgende Ergebnisse erbracht:

— Im Durchschnitt haben Großunternehmen weniger als 30% aller bedeutenden Erfindungen gemacht (120).

---

116. L.JÜTTNER-KRAMNY, Zur Bedeutung der Unternehmensgrößen für den technischen Fortschritt, FIW-Schriftenreihe, Heft 53, S.19.
117. E.STALEY, Small Industry Development, Miscellaneous Papers Nr.1, Stanford Research Institute, in: Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, Nr.4, Brüssel 1966, S.15.
118. Vgl. L.JÜTTNER-KRAMNY, a.a.O., S.20.
119. Dieselbe, a.a.O.,S.15.
120. J.SCHLEGEL, Technischer Fortschritt und "weites Oligopol", in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 1967, S.50.

—— Forschungs- und Entwicklungsausgaben werden in ähnlicher Höhe von Groß- und mittleren Unternehmen, branchenmäßig verschieden, geleistet.

Für die Bundesrepublik ergibt sich allerdings ein anderes Bild, denn auf die 100 größten Firmen konzentrieren sich 86% aller Forschungsausgaben (121). Die Statistik des Stifterverbandes für die Deutsche Wirtschaft für 1967 kommt zu dem Ergebnis, daß die Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen der Unternehmungen mit mehr als 10.000 Beschäftigten (ohne Chemische Industrie) 63,7% aller Gesamtausgaben ausmachen und damit kleinere Unternehmen weit übertreffen (Unternehmen mit 5000 bis 9999 Beschäftigten - 6,9%, Unternehmen mit 2000 bis 4999 Beschäftigten - 13,1%).

Als Ergebnis kann nur für die USA festgestellt werden (122), daß mit steigender Unternehmensgröße die Inventionsfreudigkeit der Unternehmen abnimmt. Für die Bundesrepublik zeigt sich sogar ein gegensätzliches Resultat.

2.3.3. Unternehmensgröße und Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen

Die Analyse dieses Gesichtspunktes kommt für die USA zu einem anderen Ergebnis als die vorstehende, da es entscheidend von der Berücksichtigung machtpolitischer Gesichtspunkte abhängt. Zur Durchführung aufwendiger Produkt- oder Prozeßinnovationen sind u.a. Finanzierungsmöglichkeiten in Form hoher Kredite notwendig, die sich, abgesehen von den vorhandenen größeren finanziellen Ressourcen, wesentlich eher oder vielmehr ausschließlich Großunternehmen eröffnen (123). Bei diesem Punkt ist das Ergebnis, daß Großunternehmen bei der Auswertung von Erfindungen kleinen Unternehmenseinheiten überlegen sind.

---

121. W.MUTTELSEE, in: BMWi-Texte Unternehmensgröße und Wettbewerb, S.231/232.
122. H.PETRY, Technischer Fortschritt, Integration, internationale Wettbewerbsfähigkeit und Unternehmensgröße, in JfNSt. Bd.183, S.271 ff.
123. J.M.BLAIR, in: Unternehmensgröße und Wettbewerb, BMWi-Texte S.67, 72; H.PETRY, a.a.O. S.285.

2.3.4. Unternehmensgröße und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ist im wesentlichen anhand seiner aufgewendeten Kosten, seiner Überlebensfähigkeit oder seines Gewinnes festzustellen (124). Zwar weigerten sich in den Hearings des US-Senats einige Unternehmen, exakte Auskünfte zu erteilen. Gleichwohl ist aufgrund der gewonnenen Annäherungswerte festzustellen, daß die Betriebs- und Unternehmensgröße deswegen kosteninadäquat war, weil sie über der Grenze lag, die kostenproportional gewesen wäre. Die nachgewiesene Überlebensfähigkeit sprach nicht zugunsten von Großbetrieben. Eine Proportionalität von Unternehmensgröße und Gewinn war ebenfalls nicht nachweisbar. Bei Verwertung dieser Ergebnisse ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Untersuchungsmethoden Unsicherheitsfaktoren aufweisen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Großunternehmen in den relevanten Bereichen kleinen und mittleren Unternehmen zum Teil grundsätzlich überlegen sind oder dies zumindest sein können (125).

2.4. Ergebniswürdigung

Obwohl auch empirische Untersuchungen (126) keine eindeutigen Ergebnisse zugunsten von großen Unternehmenseinheiten erbringen, bedeutet dies noch nicht, daß die Kooperationsmöglichkeiten von kleinen und mittleren Unternehmen aus wettbewerbssoziologischen im Sinne von machtpolitischen Erwägungen nicht

---

124. I.SCHMIDT, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S.75.
125. Vgl. I.SCHMIDT, a.a.O., S.75-77.
126. Abgesehen von den Ergebnissen des von den Europäischen Gemeinschaften herausgegebenen Untersuchungsberichts, wonach bei oligopolistischer Marktstruktur der technische Fortschritt stimuliert wird. - Europäische Konferenz, Technischer Fortschritt und Gemeinsamer Markt, Wirtschaftliche und soziale Perspektiven bei der Anwendung neuer Techniken, Teil I, Brüssel, vom 5. bis 10.Dezember 1960, hrsg. von der EWG, EGKS, Euratom.

zu fördern sind. In Ansehung der häufigen mißbräuchlichen Ausnutzung großer Marktmacht hat die Wettbewerbspolitik sich damit zu beschäftigen, wie Wettbewerb entgegen wettbewerbsbeschränkender Marktmacht aufrechtzuerhalten und zu fördern ist, so daß die Wettbewerbsfaktoren ihre Funktionsmäßigkeit entfalten können. Es bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten, das Marktmachtproblem wettbewerbsadäquat zu lösen: entweder die Großunternehmen werden zerschlagen, so daß sie die Konkurrenzfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen nicht mehr gefährden oder den Kleinunternehmen wird zur Wettbewerbsfähigkeit verholfen. In Anbetracht dessen, daß zwar die Inventionsfreudigkeit der Unternehmen mit steigender Unternehmensgröße u.U. abnimmt, in der Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen Großunternehmen den kleinen Unternehmenseinheiten aber überlegen sind und in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit überlegen sein können, erscheint es unangemessen, die erste Lösungsmöglichkeit zu wählen. Die Leistungsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen ist auch deshalb zu fördern, weil die Forschungstätigkeit, Durchführung der Forschungsergebnisse sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit proportional der wettbewerblichen Notwendigkeit steigt (127), so daß Großunternehmen durch die Stärkung der kleineren Unternehmen erst in die Situation gebracht werden, ihre gegenüber kleineren Unternehmen bestehende größere Leistungsfähigkeit zu beweisen. Von der Definition des Wettbewerbs her und unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Faktizität sind Machtgefälle im Wettbewerb auszugleichen. Da keine überzeugenden Einwände entgegenstehen, sollte dies durch Stärkung der schwachen Marktpartner erfolgen. Andernfalls würde man in hergebrachter Wirtschaftsmethodologie dem Irrtum verfallen, die Rationalität der Wirtschaftsmechanismen unter Verdrängung gesellschaftlicher Aspekte zu beurteilen (128).

---

127. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi zu Fragen der Einführung einer Fusionskontrolle, in: Bulletin Nr.25/1970, S.247 ff. Ziff.8; L.JÜTTNER-KRAMNY, S.121.
128. B.SENF, Wirtschaftliche Rationalität - Gesellschaftliche Irrationalität, Diss.Berlin 1972, S.9.

Im übrigen ist zu erwähnen, daß gerade Kritiker des kapitalistischen Wirtschaftssystems die Effizienz von Oligopolen hervorheben. MARX entwarf eine Oligopoltheorie mit spezifischen theoretischen Implikationen (129). BARAN/SWEEZY (130) nehmen an, daß im Oligopol die Produktionskosten reduziert werden, und daß Neuerungen dort häufiger entwickelt werden als in Klein- und Mittelbetrieben. Die Gegner des Kapitalismus attestieren den Großunternehmen mithin Eigenschaften, die von liberalen Wettbewerbstheoretikern in Zweifel gezogen werden.

Nach der Auffassung BARANS und SWEEZYS wäre der Monopolkapitalismus ein rationales und fortschrittliches System, wenn man seinen Hang zur Kostenreduzierung irgendwie von der Festsetzung von Monopolpreisen befreien und einen Weg finden könnte, die Früchte der wachsenden Produktivität für die gesamte Gesellschaft nutzbar zu machen (131).

Unter Berücksichtigung dieser Äußerungen weckt die Abneigung vieler liberaler Autoren gegen eine auf Strukturkriterien basierende konstruktive Wirtschaftspolitik gegen das Marktmachtgefälle Erstaunen. Es scheint, daß eine ausgeprägt liberalistische Richtung unter den Wettbewerbstheoretikern im Wettbewerb auf dem bestehenden ungenügenden Status quo beharren will, da Neukonzeptionen ordnungspolitische Eingriffe in die Wirtschaft bedeuten.

2.5. Die Leitidee des "freien Unternehmertums" als Abwehrmechanismus gegen aktive Wirtschaftspolitik

Die liberale Auffassung, daß in einer freien Wirtschaft die besten Ergebnisse erzielt würden, beherrscht auch heute noch weitgehend die wettbewerbspolitische Diskussion. Aus dieser Haltung ist eine grundsätzliche Ablehnung wirtschaftstheore-

---

129. K.MARX, Das Kapital, Bd.1, S.659, Bd.3, S.294 ff., Bd.1, S.621 ff.
130. P.A.BARAN, P.M.SWEEZY, Monopolkapital, S.76/77; vgl. auch G.D.H.COLE, in: Encyclopedia of Social Sciences, VIII, S.20; E.MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie, S.174.
131. P.A.BARAN, P.M.SWEEZY, a.a.O., S.77.

tischer Modelle zur Intensivierung des Wettbewerbs abzuleiten, die über die Freiheitssicherung hinausgehen. "Performance test (132) und materielle Wettbewerbsbeschränkung" seien "ein für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen ungeeigneter Maßstab, weil sie Verhaltensnormen aus wirtschaftlichen Wirkungen des zu beurteilenden Verhaltens ableiten wollen. Eine so abgegrenzte Verantwortlichkeit (sei) mit einer Rechts- und Wirtschaftsordnung unvereinbar, die auf der Vertragsfreiheit und der Wettbewerbsfreiheit beruht." (133). MESTMÄCKER setzt sich dabei nicht inhaltlich mit dem Verhaltenstest und anderen Markttests auseinander, sondern für ihn sind freiheitliche Zielvorstellungen, die er in die Privatrechts- und Wirtschaftsordnung impliziert sieht, so wirksam, daß sich die Beschäftigung mit Markttests, aus denen möglicherweise eine die Freiheit relativierende Wirtschaftspolitik abzuleiten wäre, verbietet. Derart stellt sich die Argumentationsweise dar, mit der verhindert wird, daß aus bestehenden Marktuntersuchungsmethoden konkrete Folgerungen für die Lenkung der Marktwirtschaft gezogen werden. Der Wettbewerb als ökonomisch effizientestes Verfahren stehe jeglicher Wettbewerbsbeschränkung zum Zwecke der Leistungssteigerung entgegen (134).

Damit kann die Leitidee des "freien Unternehmertums" noch immer alle Ressentiments nutzen, die der traditionelle Liberalismus sowie - wenn auch mit anderer Implikation - der Nationalsozialismus gegen den Staat geweckt haben (135).

HOPPMANNS Argumentation zeigt deutlich, welche Widersprüche aus dem grundsätzlichen Primat der Unternehmerfreiheit entstehen, die schließlich doch relativiert werden muß, aber nur in einer Richtung. Einerseits hält HOPPMANN den Wettbewerb für

---

132. Performance test = Verhaltenstest
133. E.J.MESTMÄCKER, in ORDO Bd.XVIII, S.411 ff.
134. E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in: DB 1970, S.98.
135. R.BLUM, Soziale Marktwirtschaft, S.122 ff.

den sichersten Garanten für Leistungssteigerung, ökonomische Effizienz, technischen Fortschritt, Wirtschaftswachstum usw. (136), andererseits stellt er in der zum vorstehenden Text gehörenden Fußnote fest, daß Wettbewerb allein keine unzureichenden Marktergebnisse verhindern kann, so daß Wettbewerbspolitik mannigfacher wirtschaftspolitischer Ergänzungen bedürfe (137). Aus der Zielsetzung Wettbewerbsfreiheit ergebe sich jedoch, daß den einzelnen Marktteilnehmern nicht positiv vorgeschlagen werden kann, wie sie handeln müssen. Es dürfe ihnen nur vorgeschrieben werden, daß sie gewisse Handlungen nicht vornehmen dürfen. Die Spielregeln müßten also negativ formuliert sein. Sie müßten Handlungen verbieten, durch die die Wettbewerbsfreiheit eingeschränkt wird bzw. eingeschränkt werden könne (138). HOPPMANN verwendet hier das semantische Vehikel der doppelten Negation, um die Formulierung zu vermeiden, daß der unbeschränkte Wettbewerb unzureichende Marktergebnisse hervorruft. Daraus schließt er folgerichtig, bestimmte Handlungen sollten nicht vorgenommen werden, statt positive Veränderungsvorschläge zu unterbreiten. Derart sorgfältige Formulierungen werden notwendig, um den absoluten Vorrang der Wettbewerbsfreiheit argumentativ abzusichern.

Gegen konstruktive Wettbewerbspolitik spricht auch HEUSS sich aus:"Marktprozesse sind indessen historische Prozesse, und Wettbewerbspolitik fußt auf den Annahmen, daß es historische Gesetze der sozialen, technischen und ökonomischen Entwicklung nicht gibt und daß es prinzipiell unmöglich ist, Wettbewerbsfreiheit durch wettbewerbspolitische Maßnahmen zu sichern. Freiheit hat aber Ungewißheit zur Voraussetzung (139)." Ähnlich argumentiert HOPPMANN:"Welcher Art von Marktprozessen das schöpferische Ingenium des Menschen bei aufrechterhaltener Wettbewerbsfreiheit hervorbringen wird, ist deshalb grundsätz-

136. E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle..., in: DB 1970, S.99; derselbe, Workable Competition..., S.149 f., und derselbe, Zum Problem..., S.14 ff.
137. Derselbe, Die sogenannten Bagatellkartelle..., S.99, Fußn.30.
138. Derselbe, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: ORDO Bd.XVIII, S.85.
139. E.HEUSS, Freiheit und Ungewißheit, in: ORDO Bd.XVI, S.43-45.

lich unbekannt (140)." Stimmt man HOPPMANN in seiner liberalen Illusion vom Wettbewerbsautomatismus zu, erübrigte sich als folgerichtige Konsequenz jede Wettbewerbspolitik, die über die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit hinausgeht.

Die Ansicht, daß Wettbewerbsfreiheit keinesfalls eingeschränkt werden dürfe, auch nicht für den Preis teilweiser Machtzusammenballung auf der einen und Machtlosigkeit auf der anderen Seite der Marktpartner, bedingt eine Argumentation, die sich nicht mehr die Freiheit läßt, konstruktive Marktmodelle objektiv zu analysieren. In der Fixierung auf eine statische Freiheitsvorstellung, die nicht auf Realitätsnähe untersucht wird, setzt ein Argumentationsmechanismus ein, der diese Autoren zwar noch zu strukturpolitischen Konzeptionen Stellung nehmen läßt, aber von vornherein darauf festgelegt ist, derartige Vorstellungen abzulehnen, weil das Primat der Wettbewerbsfreiheit angetastet werden könnte. Durch das punktuelle Eingreifen aufgrund wettbewerbsgefährdenden Marktmachtmißbrauchs werden niemals grundlegende Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb geschaffen. HOPPMANN akzeptiert zwar "die Darstellung der Marktprozesse (als) ein diagnostisches Hilfsmittel, denn die objektiven Umstände beeinflussen das unternehmerische Verhalten. Jedoch, sie determinieren es nicht. Deshalb ergeben Beschreibung und Analyse der Marktstruktur und der Marktergebnisse keine Tests, um einen konkreten Marktprozeß unter die Spielregeln zu subsumieren. Ein solcher Test kann immer nur ein Test der Wettbewerbsfreiheit, d.h. der Marktmacht sein. Er knüpft an die objektiven Umstände des Marktes, die man mit Begriffen der Marktstruktur, des Marktverhaltens und der Marktergebnisse bezeichnet, lediglich an. Es ist jedoch müßig, darüber zu diskutieren, ob ein bestimmtes Phänomen des Marktprozesses als Marktverhalten, Marktstruktur oder market performance (141) zu katalogisieren ist (142)." Die Untauglichkeit von Strukturkriterien zur Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit,

140. E.HOPPMANN, Problem einer praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, S.29.
141. Performance = Verhalten
142. E.HOPPMANN, Problem einer praktikablen Definition..., S.45.

falls die Erlaubnis zur Kartellbildung unter Umständen gesamtökonomisch adäquater erscheint, hat HOPPMANN an anderer Stelle detailliert ausgeführt (143). Zum Teil führt diese Argumentationsweise zu erheblichen Inkonsequenzen, was in den unterschiedlichen Stellungnahmen von HEUSS deutlich wird. Einerseits lehnt HEUSS Strukturkriterien als unzureichende Eingriffsvoraussetzungen ab (144), andererseits entwirft er selbst ein sogenanntes dynamisches Marktkonzept, in dem er seine Bedenken gegen das Oligopolsystem in einem Verhaltensmodell dadurch zu begründen versucht, daß in der Marktphase der Stagnation Oligopole den Wettbewerb mit größerer Gewißheit festschreiben als Polypole (145). Dabei unterscheiden sich Polyvon Oligopolen gerade in der Marktstruktur (146).

Nach dem Verständnis der HEUSS'schen Ausführungen ist demnach eine Wettbewerbspolitik, die sich auf Strukturtests stützt, wissenschaftlich nicht begründbar, die Ablehnung einer Marktform wie das Oligopol ist indessen aufgrund struktureller Bedenken möglich.

Die Wettbewerbstheoretiker jeder Couleur sind sich darin einig, daß die Wettbewerbswirtschaft nicht aufgrund absoluten Primats der Wettbewerbsfreiheit gänzlich sich selbst überlassen bleiben kann. Umstritten sind jedoch die Maßnahmen, die zu ergreifen sind. Da in dieser Arbeit der Wettbewerb im Verhältnis zu anderen Wirtschaftsformen als relativ beste Voraussetzung zur Erzielung eines optimalen gesamtwirtschaftlichen Sozialprodukts angesehen wird (147), scheidet die Wettbewerbsfreiheit als wettbewerbliche Zielvorstellung aus. Demzufolge kann sie nur noch als Voraussetzung zum Wettbewerb anerkannt und als solche geschützt werden.

---

143. Derselbe, Das Konzept einer optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jb.N.St. 1966, S.306 ff.
144. E.HEUSS, Freiheit und Ungewißheit, in: ORDO Bd.XVI, S.43-45.
145. Derselbe, Allgemeine Markttheorie, passim.
146. E.SCHNEIDER, Einführung in die Wirtschaftstheorie, II.Teil, S.68 ff. - zum Polypol -; A.E.OTT, Marktform und Verhaltensweise, S.27 - zum Oligopol -.
147. A.GUTKOWSKI, Wirksame Konkurrenz und wirtschaftliche Macht, Ein Beitrag zur theoretischen Grundlegung wettbewerbspolitischer Entscheidungen, Mainz 1966, Unveröffentlichte Habilitationsschrift.

In Anbetracht des gegenläufigen Freiheitsschutzes ist deshalb bei der Konzeption der Wettbewerbspolitik zur Lösung des Oligopolproblems "politischer Elan und Mut" vonnöten, denn "die Gesellschaft sollte nicht darauf vertrauen, daß bestimmte Privatpersonen, die keinem verantwortlich sind, die Gesamtnachfrage steuern oder stabilisieren. Eine freie Gesellschaft sollte nicht mächtigen Geschäftsleitern und privaten Bonzen der Industrie und Finanzwelt die Rolle übertragen, die Wirtschaft zu stabilisieren oder zu destabilisieren (148)."

3. Die gesamtwirtschaftliche Zielvorstellung des Wettbewerbs als Beurteilungsmaßstab der bestehenden Wettbewerbsdefinitionen

Es wurde bisher mehrmals versucht, den Wettbewerb positiv zu definieren, wobei auch häufig der Bezug zum Leistungsbegriff hergestellt wird. Die Definitionen könnten Hinweise darauf enthalten, daß der allgemeine funktionsfähige Wettbewerb als Leistungswettbewerb verstanden wird. Deshalb sind die geläufigsten Begriffsbestimmungen im Hinblick auf die optimale Realisierbarkeit legitimen Verbraucherwohls der gesamtgesellschaftlich zu rechtfertigenden Zielvorstellung, der die Aufrechterhaltung und Förderung intensiven Wettbewerbs dient, zu untersuchen.

Eine Begriffsbestimmung dient der präzisen Abklärung seiner inhaltlichen Bedeutung (149). Die bestehenden Wettbewerbsdefinitionen sind deshalb daraufhin zu analysieren, ob sie die erarbeitete Aufgabenstellung des Wettbewerbs erfassen.

Der Wettbewerbsbegriff hat seit seiner Festmachung durch Vertreter des Ordoliberalismus eine entscheidende Änderung erfahren. Wettbewerb gilt nicht mehr als Marktform, in der die Wettbewerbsteilnehmer ohne Einflußmöglichkeiten und ohne

---

148. F.MACHLUP, Oligopol und Freiheit, in ORDO Bd.XVIII, S.35 ff., hier S.47; ähnlich G.J.STIGLER, Die Wandlung des Oligopolproblems, in: ORDO Bd.XVIII, S.75.
149. W.KAMLAH und P.LORENZEN, Logische Propädeutik, S.86.

selbständige Bedeutung tätig werden (150), sondern wird gerade im Hinblick auf das individuelle Streben der Marktbeteiligten formuliert, indem auf deren Marktverhalten abgestellt wird (151). Diesem Inhalt angeglichen wurden die meisten in den letzten Jahren aufgestellten Wettbewerbsdefinitionen gebildet, so daß exemplarisch für eine herrschende Meinung trotz Divergenz in einigen Punkten folgende Definitionen gelten können:

BENISCH: "Nachfragewettbewerb ist somit das selbständige Streben im Wirtschaftserfolg sich beeinflussender Nachfrager nach Geschäftsverbindungen mit Anbietern (152)." Entsprechendes gilt für den Angebotswettbewerb:"das selbständige Streben im Wirtschaftserfolg sich beeinflussender Anbieter nach Geschäftsverbindungen mit Nachfragern."

BRUGGER: "Wettbewerb ist der Inbegriff des Strebens sich gegenseitig beeinflussender Anbieter nach Geschäftsverbindungen mit Dritten, wobei das Streben auf die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsverbindungen ausgerichtet ist (153)."

GÜNTHER: "...als wirtschaftlicher Wettbewerb ist das Streben eines Marktteilnehmers zu bezeichnen, an Stelle eines anderen gleichgerichteten Mitbewerbers ein Kauf-Tauschgeschäft oder einen Miet-Pacht- oder auf gewerbliche Leistungen gerichteten Vertrag mit anderen Marktpartnern abzuschließen (154)."

EWALD: "Wir verstehen unter Wettbewerb das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten oder - was das gleiche besagt - das Streben, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist, als die Lei-

---

150. R.KNÖPFLE, Der Rechtsbegriff..., S.105.
151. BORCHARDT-FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, und Marktbeherrschung
152. W.BENISCH, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, in: WuW 1960, S.844.
153. G.BRUGGER, Zur Auslegung des § 1 GWB in: WuW 1959, S.477.
154. E.GÜNTHER, Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetz, in: MA 1957, S.35.

stung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen (155)."

GRIESBACH:"Schutzwürdig ist ein Wettbewerb, in dem sich selbständige Anbieter oder Nachfrager wechselseitig beeinflussen, indem sie Kunden oder Lieferanten dadurch zu gewinnen oder zu erhalten suchen, daß sie diesen eine ihren Mitbewerbern überlegene oder mindestens gleichwertige Leistung anbieten, ohne dabei ungesetzlich, sittenwidrig oder unter Ausnützung wirtschaftlicher Macht zu Lasten der Mitbewerber, Lieferanten oder Kunden zu handeln (156)."

WESTERMANN:"Unter Wettbewerb versteht man im allgemeinen das Streben eines Wirtschaftssubjektes, an Stelle gleichgerichteter Unternehmen zum Vertragsabschluß zu kommen (157)."

MEYER-CORDING:"Wirtschaftlicher Wettbewerb ist ein Verhalten, betätigt durch Handlungen (oder Unterlassungen), mit denen mehrere Rivalen um die Wette das gleiche Ziel anstreben, ihren auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern (158)."

Die vorstehenden Wettbewerbsdefinitionen stellen die herrschenden Meinungen über die Art wettbewerblicher Betätigung am Markt und damit über den wirtschaftspolitischen Stellenwert wettbewerblichen Marktverhaltens dar. Wettbewerb wird danach grundsätzlich verstanden als das Streben nach Vergrößerung des Abnehmerkreises auf Kosten der Aktionsparameter der Anbieter gleichartiger Waren am Markt. Teilweise wird Wettbewerb darüberhinaus durch die eigene Leistung bedingt definiert, die weder ungesetzlich, sittenwidrig noch auf irgendeine andere Art unlauter eingesetzt werden darf.

---

155. H.EWALD, Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?, in: WuW 1956, S.256; sehr ähnlich, Frankfurter Kommentar, § 1, Tz.31.
156. B.GRIESBACH, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des GWB, in: BB, 1962, S.1015.
157. H.WESTERMANN, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, S.12.
158. U.MEYER-CORDING, Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, in: WuW 1962, S.462.

Die zitierten Begriffsbestimmungen schildern überwiegend die Beteiligungsmodalitäten der sich am Markt betätigenden Wettbewerber und setzen dabei deren Freiheit voraus, strebend ihrer Vorteilssicherung nachzugehen, da ohne Freiheit der Impuls zur Teilnahme am Wettbewerb fehlt. Auch in der Definition HEFERMEHLS kommt dies deutlich zum Ausdruck:"Wettbewerb liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihre auf Geschäftsabschlüsse mit Dritten gerichteten Entscheidungen gemäß der jeweiligen Marktlage selbständig treffen und durchführen, ohne in ihrem Verhalten mehr beschränkt zu sein, als sich aus dem gleichfalls selbständigen Verhalten anderer Unternehmen ergibt, die auf einem bestimmten Markt gleiche Ziele verfolgen"(159).

Dieser Definition entsprechen inhaltlich die von BRUGGER, GÜNTHER, BENISCH, WESTERMANN und MEYER-CORDING.

Die gesamtgesellschaftliche Relevanz wettbewerblicher Betätigung unterstreichen dagegen EWALD und am umfassendsten GRIESBACH, der die Wettbewerbshandlung in Bezug setzt zu Mitbewerbern, Kunden und Lieferanten.

Auf die Interdependenz der Marktanbieter untereinander stellt SCHNEIDER ab, der meint:"Sobald ein Anbieter eines bestimmten, nach Qualität und Art genau definierten Gutes damit rechnet oder weiß, daß sein Absatz nicht nur von der Größe der eigenen Aktionsparameter und dem Verhalten der Käufer, sondern auch noch von den Aktionsparametern anderer Anbieter abhängt, so sagt man, zwischen diesen Anbietern bestehe eine Konkurrenzbeziehung oder herrsche Konkurrenz (160)." KNÖPFLE (161) bestimmt den Wettbewerb folgendermaßen:"Unter Wettbewerb sind zu verstehen die wirtschaftlichen Erfordernisse (positive Anforderungen und Schranken), Risiken und Schranken, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können (162)."

---

159. BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd.1, Wettbewerbsrecht, Allg.I, Anm.4.
160. E.SCHNEIDER, Einführung in die Wirtschaftstheorie, II.Teil, S.68 ff.
161. R.KNÖPFLE, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens.
162. Derselbe, a.a.O., S.142, 22.

SCHNEIDER und KNÖPFLE fordern in ihren Begriffsbestimmungen die Elastizität in der Reaktion der Anbieter auf Käufer sowie Mitanbieter, zu der proportional der Grad der Konkurrenzbeziehungen steige. Reaktionsintensität indiziert dabei die Möglichkeit und Freiheit der Wettbewerbsteilnehmer, auf die Marktverhältnisse Einfluß zu nehmen. Die Elastizitäten bilden eine wesentliche Voraussetzung des Wettbewerbs, doch müssen sie gepaart sein mit der Freiheit der Unternehmen. Sie verlieren ihre praktische Bedeutung, wenn der einzelne den Preis oder die Menge nicht variieren kann (163).

Als Maßstab zur Beurteilung der Definitionen soll die gesamtgesellschaftliche Forderung nach optimaler Verbraucherbefriedigung dienen. Wie bereits festgestellt, ist dazu nicht umfassende Wettbewerbsfreiheit, sondern ein im Sinne KANTZENBACHS funktionsfähiger Wettbewerb Voraussetzung.

KANTZENBACH stellt als Beurteilungskriterium für die Funktionsfähigkeit auf die Reaktionsgeschwindigkeit der Anbieter auf Pioniergewinne ab (164). Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob diese besonders intensiv im weiten Oligopol zu beobachten ist; jedenfalls ist dieses Kriterium zur Feststellung der Wettbewerbsintensität allgemein anerkannt (165). Dieses reaktive Moment, mittels dessen sich Wettbewerb auszeichnet, wird insbesondere in SCHNEIDERS Definition herausgestellt. Gemessen an den bisher erarbeiteten Voraussetzungen ist deshalb der Wettbewerb am zutreffendsten durch SCHNEIDER definiert.

Da einige Autoren den Wettbewerb ausschließlich in Bezug auf die eigene Leistung bestimmen (166), besteht die Möglichkeit, daß der allgemeine Wettbewerb mit dem Leistungswettbewerb, wie er in § 28 Abs.2 RegE GWB angesprochen wird, identisch ist (167). Das ist der Fall, wenn der leistungsgerechte mit dem funktionsfähigen im Sinne wirksamen Wettbewerbs übereinstimmt.

---

163. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., S.88 ff.
164. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., S.39.
165. Vgl. J.NIEHANS, Das ökonomische Problem des technischen Fortschritts, in: Z.V.St./1954, S.156.
166. Insbesondere H.EWALD, a.a.O. und B.GRIESBACH, a.a.O.
167. B.RÖPER, Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeption, S.265.

§ 2 Der leistungsgerechte Wettbewerb

Der durch § 28 Abs.2 RegE GWB ins Kartellgesetz eingeführte Begriff des leistungsgerechten Wettbewerbs wird gesetzlich nicht definiert. Da er jedoch seit Bestehen des GWB und darüberhinaus in der wettbewerbsrechtlichen und -politischen Diskussion ist (168), hat sich seitdem ein breites Spektrum von Inhaltsbestimmungen gebildet, das dem Verständnis des Begriffes dienen könnte. Eine gesetzliche Definition des Leistungswettbewerbs wurde allerdings schon einmal vorgenommen, und zwar in § 1 des Entwurfes eines Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs aus dem Jahre 1949 (169), dessen erster Absatz lautet:

> Leistungswettbewerb im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn im Wettbewerb mit anderen Anbietern bei der Umwerbung von Kunden als Mittel nur angewendet werden: wahrheitsgemäßer Hinweis auf die eigene gewerbliche Leistungskraft oder auf die Eigenschaften der eigenen oder angebotenen Güter und Leistungen sowie Angebote, deren vertragsmäßige Erfüllung ernstlich beabsichtigt und unter Beobachtung der Gesetze und der guten Sitten möglich ist.

Auch wenn dieser Entwurf nicht Gesetzesrang erlangt hat, so soll der Leistungswettbewerb doch als ungeschriebenes Prinzip die Wirtschaftsordnung bestimmen.

Leistungswettbewerb soll ein verfassungsrechtliches Grundelement sein, das zum Funktionieren der Marktwirtschaft unerläßlich ist. Es wird die Ansicht vertreten, daß er durch

---

168. Zur Geschichte des Begriffs s. K.P.FREITAG, Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, jur.Diss., S.3 ff.
169. Sog. JOSTEN-Entwurf.

Art.2 Abs.1 GG garantiert sei (170). Zustimmend äußern sich NIPPERDEY und GÜNTHER, nach deren Ansicht Art.2 Abs.1 GG nur den Leistungswettbewerb erlaube (171).

Der Leistungswettbewerb soll dem gesamten Wettbewerbsrecht zugrundeliegen (172) und seine Förderung die Zielsetzung des UWG und GWB sein (173).

1. Der Begriff im Schrifttum

1.1. Wirtschaftswissenschaftliche Literatur

Der Begriff des Leistungswettbewerbs wird mitvielfältigen Begriffsinhalten versehen, die zum einen eine ordnungspolitische Zielsetzung verfolgen, zum anderen ordnungspolitisch neutral gehalten sind. OHM hat die Meinungsvielfalt global katalogisiert (174). Demnach wird der Leistungswettbewerb folgendermaßen verstanden:

1) als ordnungspolitische Kategorie,
2) bezogen auf Anbieter,
3) in der Beziehung der Unternehmen untereinander,
4) als Unterfall des Wettbewerbs,
5) analog dem Leistungsprinzip,
6) als "machtfreier" Wettbewerb,
7) als Instrument der Leistungsauslese und Leistungssteigerung,
8) als Instrument leistungsgerechter Einkommensverteilung,
9) als Parallelkampf und vollständiger Wettbewerb.

---

170. E.R.HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in: DÖV 1956, S.137; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Komm.z.GG, Art.2 Abs.1, Rdn.48.
171. H.C.NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, in: KR Heft 2, 3.Auflage 1965, S.38; E.GÜNTHER, Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln, in: MA 1954, S.350.
172. OLG Stuttgart, in: WuW/E OLG 87.
173. TätB 1965, S.18; Bundesgerichtshof, in: WuW/E BGH 672; PH.MÖHRING, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, in: WuW 1954, S.389; G.RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdn.904.
174. H.OHM, Definition des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, S.253/254.

Dieses Meinungsbild vermittelt den Leistungswettbewerb als vorwiegend ordnungspolitische Kategorie, die theoretisch in dem wirtschaftspolitischen Verständnis der Ordoliberalen begründet ist.

Lediglich die unter den Punkten 2 bis 5 aufgeführten Bestimmungen enthalten wenig aufschlußreiche Beschreibungen einiger Wettbewerbsaspekte. Weder die Aussage, daß der Leistungswettbewerb vorwiegend auf Anbieter oder auf Unternehmungen untereinander bezogen werde (2 und 3), noch daß der Leistungswettbewerb als Unterfall des Wettbewerbs verstanden oder dem Leistungsprinzip analog gesetzt werde, geben Informationen darüber, wie ein derart konzipierter Wettbewerb ausgestaltet ist und verhelfen damit nicht zu einer Begriffsbestimmung.

Weiterhin ist als Kritik an dieser Definitionenskala unter gleichzeitiger Erläuterung der Punkte 1 und 6 bis 9 anzumerken, daß die Ziffern 6 bis 9 die ordnungspolitische Kategorie, wie sie in Ziffer 1 formuliert ist, erläutern, so daß Punkt 1 die Zusammenfassung der letzten vier Ziffern und keinen nebengeordneten Punkt darstellt. Die Ziffern 6 bis 9 zeigen zutreffend einige ordnungspolitische Aspekte auf, wobei sich die Punkte in der Weise ergänzen, daß der vollständige Wettbewerb als machtfreier Wettbewerb konzipiert wurde (175), mit dem man auch die Vorstellung einer gerechten Einkommensverteilung verband (176).

Da ebenfalls Ziffer 7 zu pauschal formuliert ist, als daß eine Stellungnahme dazu möglich ist, soll der OHM'sche Definitionenkatalog nur im Hinblick auf die ordnungspolitische Vorstellung vom vollständigen Wettbewerb diskutiert werden.

1.1.1. Ordnungspolitischer Ansatz

BÖHM verstand den Leistungswettbewerb als eine "geordnete Kampfveranstaltung, bei der alle Beteiligten ein- und die-

---

175. W.EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S.247.
176. Derselbe, ebenda.

selbe sozialförderliche Fähigkeit an der Lösung ein-und derselben Aufgabe versuchen und bei der der Siegespreis demjenigen zufällt, der die Aufgabe am besten gelöst hat". Leistungskampf könne grundsätzlich nur Parallelkampf sein (177). Prämisse des Leistungswettbewerbs sei vollständige Konkurrenz, d.h. Einflußlosigkeit der Beteiligten auf die Marktpreise (178).

EUCKEN konzipierte die vollständige Konkurrenz als eine "bestimmte, exakt definierbare Marktform, ... die sich in paralleler Richtung vollzieht. Sie ist nicht Behinderungswettbewerb (179)". Diese Thesen fanden in Westdeutschland zur Zeit der Währungsreform ihren ersten amtlichen Niederschlag in den Leitsätzen für die Bewirtschaftung und Preispolitik vom 24.Juni 1948 (180).

Auch RÖPKE vertritt in einem 1950 der Bundesregierung erstatteten Gutachten die Verwirklichung ordnungspolitischer Zielsetzung des Staates:"Die oberste Voraussetzung für eine wohlgeordnete und wohlfunktionierende Marktwirtschaft ist die, daß sie eine echte Wettbewerbsordnung ist, d.h. eine solche, die den Wettbewerb als einen Wettkampf mit gleichen Startbedingungen und um die besten Leistungen (Leistungswettbewerb) gestattet und jeden Wettbewerb mit unlauteren Mitteln aber ebensogut jede Einschränkung und/oder Aufhebung des Wettbewerbs (Monopole) ausschließt (181)".

1.1.2. Stellungnahme

Diesem Ansatz ist trotz aller wirtschaftstheoretischer Bedenken, die gegen die Konzeption der Freiburger Schule vorgebracht werden und vorzubringen sind, im Hinblick auf die ordnungspolitische Zielvorstellung in dem Verständnis von Leistungswettbewerb zuzustimmen.

---

177. F.BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, S.212/213;in Anlehnung an die Begriffsbildung BÖHMS, a.a.O., S.127 ff., entwickelte H.ILAU, Wege zur Sicherung eines echten Leistungswettbewerbs, in: Informationsdienst der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels, Nr.11/12, 1954, S.199-207, seine Vorstellung vom Leistungswettbewerb.
178. Derselbe, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S.27.
179. Vgl. W.EUCKEN, Grundsätze..., S.247.
180. Derselbe, a.a.O., S.247.
181. W.RÖPKE, Gutachten im Auftrage der Bundesregierung, 1950.

Leistungswettbewerb im Sinne der Freiburger Schule verstanden als machtfreier Wettbewerb, in dem die Konkurrenten über keinerlei Marktmacht verfügen (182), soll das Leistungsprinzip unverfälscht zum Zuge kommen lassen. Der durch das Wirken des Wettbewerbs- und Preismechanismus dem einzelnen Wirtschaftssubjekt zufließende Einkommensanteil solle dem entsprechen, der ihm, seiner eigenen Leistung adäquat, zustände (183). EUCKEN versteht dabei unter "Leistung" den Beitrag des Wirtschaftssubjektes zur gesellschaftlichen Nutzenmaximierung (184).

Da diese Vorstellungen nicht in reale Wirtschaftspolitik umsetzbar seien, wird das Konzept vom sogenannten vollständigen Wettbewerb als unrealistisch abgelehnt (185).

Es trifft zu, daß diese Wettbewerbsvorstellung allzuwenig die Wettbewerbsfreiheit im Sinne der "sozialen Marktwirtschaft" berücksichtigt, die es erlaubt, Vorzugsstellungen auf Märkten zu erreichen, die aufgrund zunehmender Marktmacht ausgebaut werden können. Diese Entwicklung soll der vollständige Wettbewerb gerade verhindern. So bietet dieses Wettbewerbskonzept keine Möglichkeit, Sonderstellungen auf einem Markt zu erreichen, womit eine wichtige Anreizfunktion des Wettbewerbs entfällt, der damit seine Eigendynamik verliert. Der Wettbewerb als dynamischer Prozeß soll ebenfalls als anonymer Kontroll- und Steuerungsmechanismus wirken (186), in dem unvernünftige Marktmacht als Gegenpol zur Handlungs- und Entschließungsfreiheit fehle (187). Wettbewerbsfördernd wirkt sich dabei

---

182. W.EUCKEN, a.a.O.
183. Derselbe, ebenda.
184. F.OTTEL, Leistungswettbewerb, in Festschrift für WALTER HEINRICH, S.249 und 259; H.OHM, Definitionen des Leistungswettbewerbs, S.256.
185. Vgl. H.ALBERT, Der Marktmechanismus im sozialen Kräftefeld - Zur soziologischen Problematik pretialer Steuerungssysteme, in Systeme und Methoden in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften - ERWIN von BECKERATH zum 75.Geburtstag, S.90 und S.89/99; z.B. J.M.CLARK, Competition as a Dynamic Process, p.11; KAYSEN/TURNER, Antitrust Policy, p.14 und 48.
186. W.ZOHLNHÖFER, Wettbewerbspolitik im Oligopol. Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, S.7 f und 15.
187. Vgl. E.HOPPMANN, Workable Competition, S.154; E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., S.28.

der von den Beteiligten unkontrollierte Wettbewerbsdruck in Form von Preiswettbewerb, Nicht-Preiswettbewerb oder potentiellem Wettbewerb aus (188).

Da dem vollständigen Wettbewerb das stimulierende Moment der Schaffung und Verwertung von Vorzugsgewinnen fehlt, wird er weitgehend als ideale Marktform zur Produktivitätssteigerung, technischem Fortschritt und Wachstum des Sozialprodukts abgelehnt (189). Dieser Argumentation ist grundsätzlich zuzustimmen, da der Konzeption der vollständigen Konkurrenz die Antriebsfunktion im Wettbewerb fehlt. Ihr Vorzug ist allerdings die Aufstellung stringenter ordnungspolitischer Vorstellungen zur Begrenzung wettbewerbsgefährdender Marktmacht. Diese sind ebenfalls im Wettbewerb als dynamischem Prozeß unter Berücksichtigung wettbewerbsfördernder Marktunvollkommenheiten zu fordern, denn der Wettbewerbsdruck ist im allgemeinen nicht so groß, daß die Entstehung wettbewerbsbeschränkender Marktmachtstellungen verhindert werden kann.

Mangels Berücksichtigung der wettbewerbsfördernden Antriebsfunktion ist die an das Konzept vom vollständigen Wettbewerb angelehnte ordnungspolitische Inhaltsbestimmung des Leistungswettbewerbs als unpraktikabel abzulehnen.

1.1.3. Leistungswettbewerb im Sinne und in der Abgrenzung vom lauteren Wettbewerb

Der Leistungswettbewerb hat, abgesehen von unmittelbar ordnungspolitischen Vorstellungen, eine Reihe von Begriffsbestimmungen erfahren, die mit dem Lauterkeitsbegriff, wie er im UWG normiert ist, korrelieren. So definiert RÖPER in einem Gutachten im Auftrage des Bundeskartellamts den Leistungswettbewerb

---

188. Um die Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte durch den Wettbewerb zu gewährleisten, nimmt I.SCHMIDT sie als gesellschaftspolitische Forderung in seinen Zielkatalog von sechs Wettbewerbsfunktionen auf; US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik, S.39; in Übereinstimmung mit GIERSCH, Aufgaben der Strukturpolitik, S.67 f.
189. Im Ergebnis wie F.OTTEL, Leistungswettbewerb, in: Festschrift für WALTER HEINRICH, S.249 und S.259.

folgendermaßen (190):"Im wirtschaftlichen Wettbewerb der Unternehmen beeinflussen sich wirtschaftlich und rechtlich selbständige Anbieter wechselseitig, indem sie einen für sie optimalen Kunden- und Lieferantenkreis dadurch zu gewinnen oder zu erhalten suchen, daß sie diesem eine ihren Mitbewerbern überlegene oder gleichwertige Leistung bieten. Wenn dieser Wettbewerb weder mit ungesetzlichen noch sittenwidrigen Mitteln oder aus solchen Motiven betrieben wird, wobei eine übermäßige Ausnutzung wirtschaftlicher Macht zu Lasten der Mitbewerber, Lieferanten und Kunden als sittenwidrig anzusehen ist, handelt es sich grundsätzlich um einen im Sinne des GWB schutzwürdigen Wettbewerb, um Leistungswettbewerb".

RÖPER versteht den Leistungswettbewerb dabei als lauteren Wettbewerb, der gemeinhin als Gegensatz zum unlauteren, sittenwidrigen und unerlaubten Wettbewerb formuliert wird (191). In Anlehnung an den Wortlaut RÖPERS formuliert GRIESBACH (192) den wirtschaftlichen Wettbewerb. Auch WILLEKE definiert Leistungswettbewerb in Bezug zum Lauterkeitsbegriff (193). Diesen Begriffsbestimmungen zufolge müßte der wirtschaftliche im Sinne des lauteren Wettbewerbs verstanden werden, wenn der Leistungswettbewerb sowohl als wirtschaftlicher wie auch als lauterer zu definieren ist. Begriffliche Klärung ist dadurch zu erreichen, daß zum einen, soweit keine Begriffsidentität festzustellen ist, die Abgrenzung zum wirtschaftlichen im Sinne funktionsfähigen Wettbewerbs gezogen wird, und zum anderen, daß eine Grenzziehung zum lauteren Wettbewerb versucht wird. Der unmittelbare Lösungsweg führt über eine möglicherweise positive Definition des leistungsgerechten Wettbewerbs. Dazu erscheint es sachdienlich, die rechtswissenschaftliche Literatur sowie die Rechtsprechung bzw. die Spruchpraxis des Bundeskartellamts heranzuziehen.

---

190. B.RÖPER, Wettbewerb im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gutachten, erstellt im Auftrage des Bundeskartellamtes Aachen, 1.10.1959.
191. R.SACK, Die Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. GWB und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Diss.jur. S.155.
192. GRIESBACH, a.a.O.
193. E.WILLEKE, Leistungswettbewerb und Leistungsprinzip, in: Festschrift für WILHELM RIGER, S.166.

1.2. Rechtswissenschaftliche Literatur

1.2.1. Leistungswettbewerb und Behinderungswettbewerb

Im Zusammenhang mit dem Benzinkampfurteil des Reichsgerichts (194) beschäftigte sich NIPPERDEY ausführlich mit dem Leistungswettbewerb und verstand ihn als positive Umkehrung des Behinderungswettbewerbs, womit der Begriff in den Bereich des Unlauterkeitsrechts gerückt wurde (195). Nach NIPPERDEY erfaßt der Begriff des Leistungswettbewerbs solche Tatbestände, die in der Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Geschäftsbetriebes mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen. Den Behinderungswettbewerb sieht NIPPERDEY in der Behinderung der Mitbewerber, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen.

1.2.2. Leistungswettbewerb und Nichtleistungswettbewerb

HEFERMEHL hält den Behinderungswettbewerb als negatives Abgrenzungskriterium zum Leistungswettbewerb nicht für ausreichend (196). Seiner Meinung nach werden damit nicht alle vom Leistungswettbewerb abweichenden wirtschaftlichen Betätigungsformen erfaßt. Über den Unlauterkeitstatbestand hinaus müsse jede Art wirtschaftlichen Machtmißbrauchs erfaßt werden (197). Deshalb schließt er alle dem Leistungswettbewerb entgegenstehenden Wettbewerbsarten in Anlehnung an die Begriffsbildung BÖHMS (198) als Nichtleistungswettbewerb zusammen (199). Ähnliches versteht LEHMANN unter dem Begriff des "unzulässigen Leistungswettbewerbs"(200).

---

194. RGZ E 134, S.342 ff.
195. H.C.NIPPERDEY, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S.16; zustimmend W.DÖRINKEL, Leistungswettbewerb - Rechtsbegriff oder Schlagwort?, in: DB 1967, S.1883 ff., hier S.1885.
196. In: BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Einleitung UWG, Anm.70.
197. Ebenda.
198. F.BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, S.253 ff.
199. W.HEFERMEHL, a.a.O., Anm.70.
200. H.LEHMANN, Handel und Gewerbe, S.101.

1.2.3. Beurteilung der Abgrenzungsversuche

Mit den allgemeinen Begriffen Behinderungs- bzw. Nichtleistungswettbewerb wird nichts über die Inhaltsbestimmung des Leistungswettbewerbs ausgesagt, wenn nicht spezifische Abgrenzungskriterien gefunden werden, die dem Begriff Konturen verleihen, die die Justitiabilität ermöglichen.

NIPPERDEYS Kriterien des Leistungswettbewerbs sind Qualität, günstige Preisstellung und faire Werbung (201), denen ISAY Forschungsarbeit, betrieblichen Fortschritt und Absatzvereinfachung hinzufügt (202). HEFERMEHL hält darüberhinaus Vertriebsart und Kundendienst für relevant (203). Seines Erachtens charakterisieren den Leistungswettbewerb im wesentlichen Freiheit und Transparenz im Wettbewerb (204).

Im Nichtleistungswettbewerb wird nach HEFERMEHL und LIEBERKNECHT (205) das Ergebnis des Leistungsvergleichs durch wettbewerbswidrige Praktiken verfälscht. HEFERMEHL führt dazu exemplarisch eine Reihe von mißbräuchlichen Wettbewerbspraktiken auf, die gegen das schützenswerte Prinzip des Leistungswettbewerbs verstoßen.

---

201. H.C.NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S.38; derselbe, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S.16; derselbe, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, S.14; derselbe, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, in: DRZ 1950, S.196; vgl. A.LOBE, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, S.35; H.FRANZEN, Gemeinschaftskommentar, § 28.
202. H.ISAY, Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung, in: WuW 1954, S.577.
203. W.HEFERMEHL, a.a.O., Anm.71.
204. Derselbe, a.a.O.
205. O.LIEBERKNECHT, Regeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs, in: Festschrift für PHILIPP MÖHRING, S.82.

Abgesehen von objektiv meßbaren Kriterien wie Qualität, günstige Preise, Forschungsarbeit, betrieblicher Fortschritt, Absatzvereinfachung, die anerkannte Wettbewerbsergebnisse darstellen, unterscheiden NIPPERDEY und HEFERMEHL die Umkehrung des Leistungswettbewerbs im wesentlichen nach Art und Teilnahme am Wettbewerb, was folgende Beispiele erkennen lassen:

— Jede unwahre Anpreisung widerspreche dem Leistungswettbewerb.

— Die Behinderung der Mitbewerber an der Entfaltung ihrer Leistungskraft und in dem Angebot ihrer Leistungen sei nicht erlaubt.

— Der einzelne Wettbewerber dürfe sich nicht durch Mißachtung von Schranken, die für alle Mitbewerber gelten und von ihnen beachtet werden, einen ungehörigen Vorsprung im Wettbewerb verschaffen (206).

Die genannten Beispiele lassen zweierlei deutlich werden: Zum einen stellen sie Verhaltensweisen dar, die ebensogut unter den Begriff des unlauteren Wettbewerbs zu subsumieren sind (207); denn entsprechend der Definition unlauteren Wettbewerbs sind unwahre Anpreisungen als sittenwidrig zu bezeichnen; die Mißachtung von Schranken, die gesetzlich vorgeschrieben sind, gehört in den Bereich unerlaubten Wettbewerbs. Zum anderen ist das als Behinderung von Mitbewerbern gekennzeichnete Verhalten zu undifferenziert, um für den Anwendungsbereich konkrete Eingriffskriterien zu liefern. Behinderung der Mitbewerber an der Entfaltung ihrer Leistungskraft kann zwangsläufige Nebenfolge der Förderung der eigenen Absatztätigkeit sein, so daß Behinderungen im objektiven Erscheinungsbild oft nicht von zulässiger Wettbewerbsbetätigung zu unterscheiden sind. Allein die handlungsfördernde Behinderungsabsicht würde darüber Aufschluß geben, die allerdings ihrerseits in den seltensten Fällen feststellbar sein wird. Ein besseres Anpassen

206. W.HEFERMEHL, a.a.O., Anm.71.
207. Vgl. R.SACK, Die Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. GWB..., S.155.

an die Wünsche der Abnehmer stellt z.B. keine Behinderung dar, sondern eine zusätzliche Marktleistung, die der Schaffung von Präferenzen dient (208), auch wenn dadurch Mitbewerber in dem Absatz ihrer eigenen Waren gehindert werden.

Die Unsicherheit in der Bestimmung des Leistungswettbewerbs wird auch in dem undifferenzierten Gebrauch von lauterem und leistungsgerechtem Wettbewerb durch die Rechtsprechung und die Spruchpraxis des Bundeskartellamtes erkennbar.

2. Der Begriff in der Rechtsprechung

Die umfassendste Erörterung des Begriffs findet sich in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 18.12.1931 (209). Darin wird in dem Zusammenhang mit der Frage nach dem Zweck einer Preisunterbietung, der bei der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung zu berücksichtigen ist, auf die von NIPPERDEY getroffene Unterscheidung in Leistungs- und Behinderungswettbewerb eingegangen. Das Reichsgericht hat die Einteilung von NIPPERDEY zwar anerkannt, daraus aber keine Folgerung für die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung gezogen. Es kann deshalb nur von einer bedingten Anwendung der Grundsätze NIPPERDEYS durch die Rechtsprechung gesprochen werden (210). Dies lassen deutlich spätere Urteile des Bundesgerichtshofes erkennen, insbesondere die Entscheidung vom 7.10.1958 (211), in der unter Leistungswettbewerb der unlautere Wettbewerb verstanden wird. NIPPERDEY grenzte den Leistungswettbewerb zwar inhaltlich entsprechend dem unlauteren Wettbewerb ab, wollte aber, was die unterschiedliche Nomenklatur beweist, den Leistungswettbewerb vom unlauteren absetzen. Der Bundesgerichtshof wendet dagegen beide Begriffe gleichbedeutend auf denselben Sachverhalt an, indem er eine Formulierung wie

208. B.RÖPER, Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, S.278/279.
209. RGZE 134, S.342 ff. - Benzinkampfurteil -
210. G.KUNZE, Der Behinderungswettbewerb, Diss.jur. S.1 f. spricht vom "Lippenbekenntnis des Reichsgerichts"; R.HERBER , Leistungswettbewerb und Preisunterbietung, Diss.jur. S.32.
211. BGHZE vom 7.10.1958, LM Nr.71 zu § 1 UWG - Italienische Note -

den lauteren Leistungswettbewerb (212) gebraucht; dabei handelt es sich dem inhaltlichen Verständnis nach um eine Tautologie.

Die synonyme Begriffsbildung könnte darin begründet sein, eine Verurteilung wegen "Verstoßes gegen die guten Sitten" wegen der damit verbundenen ethischen Mißbilligung einer Wettbewerbshandlung zu vermeiden (213). Das unlautere Verhalten im Wettbewerb wird "als den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs widersprechend" bezeichnet. Da Leistung sowohl auf ein objektiv erfaßbares Ergebnis verweist, als auch den Anschein einer sittlichen Forderung erweckt (214), durch seine Mehrdeutigkeit also der Tendenz zur Objektivierung des Sittenbegriffs in § 1 UWG entspricht und doch zugleich ein ethisches Werturteil über die Wettbewerbshandlung zu fällen scheint, wie es in § 1 UWG noch überwiegend für erforderlich gehalten wird (215), ist der Begriff Leistungswettbewerb besonders geeignet zur Verschleierung einer unsicheren Rechtsprechung.

Der Einblick in die maßgeblichen Entscheidungen der Rechtsprechung verhilft nicht zu einer exakten Begriffsbestimmung.

Als entscheidender Schrittmacher in der Erläuterung auslegungs- bzw. ergänzungsbedürftigen Wettbewerbsrechts gilt das Bundeskartellamt, dessen Entscheidungspraxis deshalb auch für die Bestimmung des Leistungswettbewerbs berücksichtigt werden soll. Die Behörde beschäftigte sich mit dem Begriff insbesondere im Rahmen der Zulassung von Wettbewerbsregeln nach § 28. Da an dieser Stelle der Arbeit eine eigenständige außerhalb des Zusammenhangs mit Wettbewerbsregeln bestehende In-

---

212. BGHZE vom 21. 5.1965, in BB 1965, S.761; - Kleenex - BGHZE vom 11.11.1958, LM Nr.77 zu § 1 UWG; Künstlerpostkarten; BGHZE vom 17.12.1952, in WuW/E BGH 38 - Werbeauftrag -
213. P.GIESEKE, Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, in: GRUR 1950, S.309; E.REIMER, 74.Kapitel, Rdn.6 mit weiteren Nachweisen; G.RINCK, Gute Sitten, S.161 mit weiteren Nachweisen; H.TETZNER, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, § 1 Anm.59; RG Großer Zivilsenat vom 13. 3.1936, in RGZE 150, S.1 (5).
214. W.HEFERMEHL, in BAUMBACH-HEFERMEHL, Einleitung UWG, Anm.71.
215. Derselbe, a.a.O., Rdn.71-75.

haltsbestimmung gefunden werden soll, wird die Spruchpraxis des Bundeskartellamtes späterhin untersucht.

3. Ergebnis

Die Übersicht über Literatur und Rechtsprechung hat ergeben, daß der Leistungswettbewerb entweder als ordnungspolitische Kategorie oder im Sinne unlauteren Wettbewerbs verstanden wird, der an der erbrachten Leistung objektiviert nach Qualität, Preis und anhand des Wettbewerbsverhaltens ermittelt wird.

Die Exponenten der Freiburger Schule haben in ihm ein Korrektiv der Marktordnung gesehen, um ihre Vorstellung vom vollkommenen Wettbewerb durchzusetzen. Da diese Wettbewerbsauffassung als unrealistisch abzulehnen ist, erübrigt sich auch ihre damit korrelierende Vorstellung vom Leistungswettbewerb.

Als besondere Qualifizierung des lauteren Wettbewerbs erscheint der Begriff des Leistungswettbewerbs insofern ungeeignet, als lauter, so bestimmt oder unbestimmt sich dieser Begriff auch darstellt, ausreichenden Bedeutungsgehalt zur Bewertung eines Wettbewerbsverhaltens bietet und deshalb die zusätzliche Kategorisierung als Leistungswettbewerb mehr zur begrifflichen Verwirrung beiträgt als sich als nützlich erweist.

Auch der nach der eigenen anhand von Qualität und Preis meßbaren Leistung objektivierte Wettbewerb impliziert die Differenzierung nach dem Unlauterkeitsprinzip; die nicht den eben genannten Kriterien entsprechende Teilnahme am Wettbewerb, die mit anderen Mitteln durchgesetzt wird, gilt nach überwiegender Meinung als unlauter. Dabei kann dahinstehen, ob der nach dem GWB schützenswerte Wettbewerb nur der lautere ist; entscheidend ist, daß anhand der angeführten Literatur und Rechtsprechung der Leistungswettbewerb nicht als eigenständiger Begriff zu klären ist. Insofern könnte die Entstehungsgeschichte des GWB Hinweise dafür liefern, welcher spezifische Inhalt dem Wettbewerbsbegriff zugeschrieben wurde und ob dieser als Leistungswettbewerb zu verstehen ist.

4. Begriffsbestimmung des Wettbewerbs in den Beratungen zum GWB

Fast parallel zu den Arbeiten am Kartellgesetz wurde ein Gesetz zum Schutz des Leistungswettbewerbs konzipiert. Bundeswirtschaftsminister ERHARD erklärte am 27. 1.1950, daß "neben das Kartellgesetz gleichzeitig auch noch ein sehr weit ausgebautes Gesetz zur Wettbewerbsordnung gesetzt wird, das alle unsauberen Praktiken aus dem Geschäftsleben eliminieren soll (216)". Der Bundesrat schlug in seiner Sitzung vom 21. 5.1954 vor, "die Bundesregierung möge entweder den Kartellgesetzentwurf durch Schutzvorschriften gegen ruinösen Wettbewerb ergänzen oder einen Gesetzentwurf zum Schutze des Leistungswettbewerbs einbringen (217)". Die Bundesregierung stimmte diesen Ausführungen des Bundesrates in ihrer Stellungnahme vom 19. 1.1955 zu, indem sie mitteilte, der ihr vorliegende Entwurf zum GWB sei zum Schutz des legitimen Leistungswettbewerbs nicht ausreichend (218). In der ersten Lesung des GWB im Bundestag am 31. 3.1956 erklärte der Abgeordnete ILLERHAUS, Vorsitzender des Bundes des Deutschen Textileinzelhandels und später Präsident der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, daß ein "grundsätzliches Verbot der Kartelle nur möglich sei, wenn man Vereinbarungen von Wettbewerbsregeln zum Schutze des Leistungswettbewerbs zulasse (219)".

Aus diesen Stellungnahmen, die auf ein Gesetz zum Schutz des Leistungswettbewerbs außerhalb des GWB bzw. auf die Möglichkeit der Vereinbarung von Wettbewerbsregeln zum Schutz des Leistungswettbewerbs hinweisen, könnte geschlossen werden, daß Wettbewerb im Sinne des GWB nicht speziell als Leistungswettbewerb zu verstehen sei. Die Differenzierung bleibt jedoch solange unklar, bis das Verständnis des Leistungswettbewerbs nicht geklärt ist, wozu die allgemeine Entstehungsgeschichte des GWB ihrerseits nicht verhelfen kann. Außerhalb des Bezugs-

216. 32.Sitzung des I.Deutschen Bundestages vom 27. 1.1950, Bundestagsprotokoll S.988.
217. Anlage 2 zur Bundestags-Drucksache 1158.
218. Anlage 3 zur Bundestags-Drucksache 1158.
219. Sitzungsprotokoll S.4246.

rahmens der Vorschrift scheint eine Begriffsklärung bei den bestehenden unterschiedlichen Definitionen unmöglich zu sein (220), so daß eine isolierte Auslegung des Leistungswettbewerbs nicht vorgenommen wird. Mithin ist die Inhalts- und Funktionsbestimmung des Begriffs im Rahmen der Vorschrift zu finden, in der er bisher primär Relevanz erlangte und in der er gemäß der 2.Novelle zum GWB gesetzlich fixiert werden soll, im § 28 Abs.2 GWB.

---

220. Vgl. K.P.FREITAG, Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, S.119 ff.

§ 3 Wettbewerbsregeln zum Schutze des leistungsgerechten Wettbewerbs

1. Die Begründung zu § 28 Abs.2 RegE GWB

Die Vorarbeiten für den Entwurf eines 2.Gesetzes zur Änderung des GWB begannen Ende 1967. Um den funktionsfähigen Wettbewerb noch weiter zu verbessern, schien es erforderlich, u.a. dem Kooperationsgedanken im Gesetz noch stärker Geltung zu verschaffen. Deshalb stellte das Bundesministerium für Wirtschaft bereits 1968 folgende Novellierungsvorschläge zur Diskussion:

> Erleichterungen für die leistungssteigernde Kooperation durch entsprechende Auflockerung des Kartellverbots und Zulassung von Wettbewerbsregeln, die dem Schutz des leistungsgerechten Wettbewerbs dienen.

Der Regierungsentwurf knüpft in diesem Punkt an den an der Preisbindungsfrage gescheiterten Entwurf von 1968 an (221).

Grundsätzlich zählt die Neuregelung zu den Kooperationserleichterungen für Klein- und Mittelbetriebe. Im einzelnen wird zum Leistungswettbewerb ausgeführt, daß er im Unterschied zum "unlauteren Wettbewerb" kein zivilrechtlicher, dem Individualschutz zugeordneter, sondern ein wirtschaftspolitischer, auf Institutionenschutz gerichteter Begriff sei (222). Tendenziell gesehen, könnten in Wettbewerbsregeln alle Verhaltensweisen ausgeschlossen werden, die Entwicklungen begünstigen würden, denen auch § 22 (Bekämpfung des Mißbrauchs von Marktmacht) entgegenwirken will (223). § 28 soll damit Klein- und Mittelbetrieben helfen, Wettbewerbsverstößen kooperativ entgegenzuwirken. Insofern gehört die Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs zusammen mit § 5 b RegE GWB zu den vorgesehenen Kooperationserleichterungen.

---

221. Entwurf veröffentlicht bei W.KARTTE, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, FIW-Schriftenreihe, Heft 49, S.101.
222. Einzelbegründung zur Ergänzung des § 28 (Bundestags-Drucksache VI/2520, S.34/35).
223. Ebenda.

Die beiden Vorschriften sollen trotz ihrer im Wortlaut zum Ausdruck kommenden unterschiedlichen Zweckbestimmung dieselbe Zielvorstellung verwirklichen, die aus demselben theoretischen Ansatz entwickelt wurde, nämlich der Förderung funktionsfähigen Wettbewerbs durch Gegenmacht. § 5 b RegE GWB begünstigt leistungssteigernde Zusammenarbeit, die Klein- und Mittelbetriebe gegenüber Großunternehmen konkurrenzfähig werden lassen soll. Machtmißbräuche, die § 28 Abs.2 laut Gesetzesbegründung bekämpfen soll, entstehen überwiegend aufgrund eines Machtgefälles zwischen unterschiedlich starken Wettbewerbsteilnehmern. Wird die Machtdifferenz ausgeglichen, könnte dadurch ein Abbau mißbräuchlichen Wettbewerbsverhaltens erreicht werden, das Ziel, das durch die Novellierung von § 28 Abs.2 und durch die Einführung von § 5 b RegE GWB angestrebt wird.

Diese Implikationen werfen die Frage auf, ob die im Regierungsentwurf enthaltene Zweckbestimmung bereits nach geltendem Recht für Wettbewerbsregeln vorgesehen war, ob die Inhaltsbestimmung des Leistungswettbewerbs nach herkömmlichem Verständnis des Terminus zu rechtfertigen ist und welche rechtspolitischen Gefahren mit der Einführung des Begriffs schließlich verbunden sind.

2. Die Definition des leistungsgerechten Wettbewerbs in der Beschlußpraxis des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hat bisher im Rahmen seiner Genehmigungsfunktion von Wettbewerbsregeln zum leistungsgerechten Wettbewerb Stellung nehmen müssen und hat dazu eigene Vorstellungen entwickelt, die sich im Laufe der Zeit entscheidend geändert haben.

Zu Beginn seiner Spruchpraxis hat sich das Bundeskartellamt bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Wettbewerbsregeln ausschließlich am Wortlaut des geltenden § 28 Abs.2 orientiert und die Regeln auf ihre Übereinstimmung mit dem Lauterkeitsbegriff geprüft, der entsprechend § 1 UWG in § 28 GWB Anwendung findet. So hält das Bundeskartellamt in seinem Beschluß vom

9.Dezember 1959 (224) den Verkauf unter Selbstkosten, Preisunterbietung und das Abweichen von Listenpreisen für lauteres Wettbewerbsverhalten, es sei denn, es treten dabei besondere Umstände hinzu, die derartige Wettbewerbshandlungen nach Anlaß. Mittel und Zweck unzulässig werden lassen.

Im Hinblick auf den Leistungswettbewerb verkannte das Bundeskartellamt in seinem Beschluß vom 30.Dezember 1960 (225) nicht die Problematik und die praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der Tatsache ergäben, daß eine allgemein anerkannte Definition des mehrdeutigen und in der Rechtsanwendung weitgehend vom Sinn und Zweck der Einzelnorm bestimmten Begriffs "Leistungswettbewerb" fehle. Dennoch ist es nach Ansicht der Behörde möglich, den Begriff soweit zu erfassen, daß er bei der Beurteilung von Wettbewerbsregeln ein brauchbarer Maßstab sein könne. Mit diesem könnten im Einzelfall kartellrechtswidrige Beschränkungen des Wettbewerbs, "die seine Funktion hindern", von einer sachgerechten Regelung des funktionsfähigen Wettbewerbs abgegrenzt werden (226). Derjenige Leistungswettbewerb wird als "gesund", "echt", "wahr" und "unverfälscht" bezeichnet, in dem die Wettbewerber ihre eigene sachliche Leistung anbieten und zum Vergleich stellen. Derart gestaltet, entspreche der Wettbewerb den Grundsätzen der Lauterkeit.

Die Gleichsetzung von lauterem mit Leistungswettbewerb wird im Beschluß vom 29.März 1963 (227) aufgegeben. Dort wird ausgeführt, daß sich das Gebot ordnungsgemäßer Kalkulation zwar nicht allgemein aus den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs rechtfertigen lasse, auf den Bereich der Bauwirtschaft bezogen aber im Interesse der Sicherung eines leistungsgerechten Wettbewerbs liege. Gleichwohl wird im Beschluß vom 19.August 1963

---

224. Abgedruckt in: WuW-Entscheidungssammlung, Heft 2, 1960, S.134 ff., hier S.138.
225. Bundeskartellamt, WuW/E BKartA 301 - Ziehereien und Kaltwalzwerke = WuW Heft 2 1961, S.141 ff.
226. Bundeskartellamt, Beschluß vom 30.12.1960, in WuW Heft 2, 1961, S.141 - Ziehereien und Kaltwalzwerke - = WuW/E BKartA 301 ff.
227. Bundeskartellamt, Beschluß vom 29. 3.1963, in WuW Heft 6, 1963, S.522-533 - Bauindustrie - = WuW/E BKartA 586-597.

(228) wieder das synonyme Verständnis von lauterem und Leistungswettbewerb zum Ausdruck gebracht; denn nach Ansicht des Bundeskartellamtes entspricht es auch dem Zweck von Wettbewerbsregeln, wenn sie den "gesunden Leistungswettbewerb" sicherstellen sollen, wobei mit dem Ausdruck "gesund" das Streben nach Lauterkeit expliziert werden soll, womit ein echter, wahrer, unverfälschter Leistungswettbewerb indiziert wird.

Der Beschluß vom 14.Mai 1964 (229) erwähnt einen Leistungswettbewerb, der von dem Begriff des lauteren Wettbewerbs im Sinne des § 28 Abs.2 umfaßt werde. Dadurch, daß zwischen dem Lauterkeitsbegriff des § 1 UWG und dem des § 28 Abs.2 differenziert wird, erhält der lautere Wettbewerb nach § 28 Abs.2 ein anderes Verständnis als das von § 1 UWG geprägte. Nach verbreiteter Meinung ist der Lauterkeitsbegriff des § 1 UWG für die Aufstellung von Wettbewerbsregeln zu eng gefaßt, um Fälle unseriösen und unfairen Verhaltens im Wettbewerb zu betreffen, die entweder hart an einen Verbotstatbestand grenzen oder über deren Unlauterkeit im Sinne des UWG noch Zweifel bestehen. BENISCH hat den Bereich, in den diese Tatbestände fallen, als "graue Zone" bezeichnet (230).

Aus der Spruchpraxis des Bundeskartellamtes werden in seinen Tätigkeitsberichten allgemeine Grundsätze abgeleitet, wodurch die Entscheidungspraxis des Amtes allerdings nicht deutlich zum Ausdruck kommt. In den Tätigkeitsberichten 1959 (231) und 1960 (232) dienen die Wettbewerbsregeln der Verwirklichung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs im Sinne des UWG und seiner Nebengesetze. Im Tätigkeitsbericht 1965 (233) wird der Zweck der

---

228. Bundeskartellamt, Beschluß vom 19. 8.1963, in: WuW Heft 12, 1963, S.1051 ff. - Immobilienmakler - = WuW/E BKartA 719 ff.
229. Abgedruckt in: WuW Heft 9, 1964, S.783 ff. = WuW/E BKartA 813 ff.
230. W.BENISCH, Wettbewerbsregeln der "grauen Zone", in: WuW 1956, S.643 ff.
231. TätB 1959, Bundestags-Drucksache/1795, S.50 f.
232. TätB 1960, Bundestags-Drucksache/2734, S.12 f., 58.
233. TätB 1965, Bundestags-Drucksache V/530, S.13.

Wettbewerbsregeln in der Förderung oder dem Schutz des Leistungswettbewerbs gesehen (234). Den beteiligten Unternehmen könnten auch lautere Verhaltensweisen untersagt werden, wenn sie außerhalb des Leistungswettbewerbs lägen und geeignet seien, die Wirksamkeit des Wettbewerbs wesentlich zu beeinträchtigen. Obwohl der Wortlaut der §§ 28 ff nicht darauf schließen lasse, könnten diese Bestimmungen auch strukturpolitische Veränderungen im Hinblick auf die Statuierung der Leistungsgerechtigkeit enthalten. Wettbewerbsregeln seien demnach ein angemessenes Mittel zur Durchsetzung strukturpolitischer Ziele der Wirtschaftspolitik (235). Diese Auffassung wurde im Tätigkeitsbericht 1966 bestätigt (236). Die Bundesregierung hat sich in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 1965 (237) der Auffassung des Bundeskartellamts angeschlossen. In dem Zusammenhang wurde festgestellt, daß die strukturpolitische Zielsetzung nicht der Auffassung des Bundesgerichtshofes vom 15.Juli 1966 entgegenstehe, in der ein definitiver Lauterkeitsbezug von Wettbewerbsregeln gefordert wurde (238). Die Gerichtsentscheidung sei auf die besonderen Umstände des Einzelfalles zugeschnitten. Die Spruchpraxis des Amtes entspricht jedoch nicht der in dem Bericht 1965 zum Ausdruck kommenden Tendenz, da es weiterhin mehr dazu neigt, bei Wettbewerbsregeln einen Lauterkeitsbezug zu fordern, der nicht durch den Begriff des Leistungswettbewerbs aufgeweicht wird (239). Andererseits ist es aber auch nicht bereit, den Begriff in der Diskussion über Wettbewerbsregeln aufzugeben (240), so daß keine klare Linie in der Spruchpraxis des Bundeskartellamtes zum Ausdruck kommt. Die Entscheidungen scheinen in der Absicht zu

234. TätB 1965, Bundestags-Drucksache V/530, S.14 f.
235. E.GÜNTHER, Schwerpunkte der Wettbewerbspolitik, in: Wettbewerbs Information, 1969, Heft 11, S.14 f.
236. Bundestags-Drucksache V/1950, S.11.
237. Bundestags-Drucksache V/530, S.2.
238. Bundesgerichtshof, in: WuW/E BGH 767.
239. Der Lauterkeitsbezug war ausdrücklich nur in den Wettbewerbsregeln der Bauindustrie - WuW/E BKartA 586 ff. - und der Immobilienmakler - WuW/E BKartA 719 ff. - aufgegeben worden.
240. Vgl. die detaillierte Darstellung der Beschlußpraxis des Bundeskartellamtes bei H.REIMERS, Die Frage der Eintragungsfähigkeit wettbewerbsbeschränkender Wettbewerbsregeln in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts, S.12 ff. und S.92 ff.

ergehen, den ausdehnungsfähigen Begriff des Leistungswettbewerbs in Wettbewerbsregeln zuzulassen und auf den Lauterkeitsbezug zu verzichten, wenn dadurch eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit zu erhoffen ist.

Der Bundesgerichtshof hat in seinen wenigen diesbezüglichen Entscheidungen bisher offengelassen, ob Wettbewerbsregeln über den Lauterkeitsbezug hinaus zur Förderung des Leistungswettbewerbs eingesetzt werden können und damit auch zur Förderung strukturpolitischer Belange. Da die angefochtenen Regeln den vom GWB gewollten Wettbewerb ohnehin zu sehr beschränkten, seien nur lauterkeitsbezogene Wettbewerbsregeln eintragungsfähig (240a).

Die Interdependenz zwischen Wettbewerbsregeln und Leistungswettbewerb kann dergestalt Aufschluß über dessen Inhaltsbestimmung geben, daß aus der Zweckbestimmung der Wettbewerbsregeln die Notwendigkeit zur Einführung des Leistungswettbewerbs abgeleitet wird, der sich in seinem Inhaltsverständnis vom lauteren Wettbewerb unterscheidet bzw. darüber hinausgeht.

3. Die Zweckbestimmung der Wettbewerbsregeln in der Literatur

Es werden unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten, welchem Zweck Wettbewerbsregeln dienen.

Nach einer Meinung bestehe der einzige Zweck der Wettbewerbsregeln in der Verwirklichung lauteren Wettbewerbs im Sinne des UWG (241). Nach anderer Auffassung wird der Zweck weiter gefaßt, so daß er über den engen Lauterkeitsbegriff des UWG

240a. Bundesgerichtshof, in: WuW/E BGH 771 - Bauindustrie -.
241. Vgl. W.GERHARDT, Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss.Köln 1960, S.380; R.LUKES, Der Kartellvertrag, S.125; G.REIMANN, Wettbewerb und gute Sitten, in: WuW 1957, S.621 ff; vgl. auch in: WuW 1957, S.111 ff.

hinausgeht, ohne allerdings den Lauterkeitsbezug aufzugeben (242). Eine dritte Richtung sieht den Zweck z.T. oder ausschließlich in der Förderung des Leistungswettbewerbs (243).

3.1. Wettbewerbsregeln zur Verwirklichung der Lauterkeit im Sinne des UWG

Entsprechend dem ersten der drei Ansätze, von denen keiner derart verbreitet ist, daß er als herrschend gelten kann, bestimmt sich der lautere Wettbewerb im Sinne von § 28 Abs.2 ausschließlich innerhalb der Grenzen von § 1 UWG. Diese enge Auffassung, die u.a. von GERHARDT (244), LUKES (245) und REIMANN (246) vertreten wird, führt dazu, daß z.B. die Nebengesetze des UWG wie die Zugabeverordnung und das Rabattgesetz nicht zum Inhalt der Wettbewerbsregeln werden können. Nach Ansicht von LUKES, die unbegründet bleibt, können Wettbewerbsregeln den Unternehmen nichts anderes empfehlen oder vorschreiben als das, was ihnen nach den gesetzlichen Vorschriften ohnehin obliegt (247). Ähnlich argumentieren REIMANN (248) und GERHARDT (249). Diese Ansicht widerspricht jedoch dem Wortlaut des § 31 Abs.1, wonach das UWG nicht der alleinige Maßstab für die Beurteilung von Wettbewerbsregeln ist, die sich darüberhinaus auch auf die Tatbestände der sogenannten Nebengesetze des UWG beziehen können, insbesondere auf das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung. Deshalb kann diesem Ansatz nicht gefolgt werden.

---

242. Vgl. H.KROITZSCH, Wettbewerbsregeln in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: GRUR 1965, S.16; H.TETZNER, Kartellrecht, S.129; H.RASCH, Wettbewerbsbeschränkungen, § 28 Anm.12; H.REIMERS, Die Frage der Eintragungsfähigkeit wettbewerbsbeschränkender Wettbewerbsregeln in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts, Diss.jur. S.184-190.
243. Vgl. im wesentlichen H.OEHLER, Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik, S.1; W.BENISCH, Zur Rechtspraxis des Bundeskartellamtes auf dem Gebiete der Wettbewerbsregeln, in: DB 1963, S.954; G.BENCKENDORFF, Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, in: WuW 1958, S.422.
244. W.GERHARDT, a.a.O.
245. R.LUKES, a.a.O.
246. G.REIMANN, a.a.O.
247. R.LUKES, a.a.O.
248. G.REIMANN, a.a.O., S.623 und 111 ff.
249. W.GERHARDT, a.a.O.

Beachtenswert ist allerdings die Begründung SCHEELS, eines weiteren Exponenten dieser Richtung, der verfassungsrechtlich argumentiert (250). Aus der Interpretation der Art. 2 und 9 GG in Verbindung mit § 1 GWB und § 1 UWG leitet er die These ab, daß Wettbewerbsregeln nur das Sittengesetz verwirklichen und nur im Hinblick auf diese Zielvorstellung den Wettbewerb einschränken dürfen. Diese Auffassung, die eine verfassungsrechtliche Entscheidung für eine Wettbewerbsordnung im Sinne der freien Marktwirtschaft impliziert, muß deshalb als unzutreffend abgelehnt werden, weil das Grundgesetz - wie oben bereits ausgeführt - sich nicht auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung festgelegt hat (251).

3.2. Der weite Lauterkeitsbegriff

Innerhalb des weiten Lauterkeitsbegriffs sind unterschiedliche Tendenzen festzustellen, die aus verschiedenen Begründungen resultieren.

Einerseits soll es für die Bestimmung des lauteren Wettbewerbs allein auf die tatsächlich vorhandenen sittlich-ethischen Anschauungen der regelaufstellenden Gewerbetreibenden und der Allgemeinheit ankommen, womit nach KROITZSCH, einem Vertreter dieser Richtung, ein von § 1 UWG zu unterscheidender Normgehalt formuliert wird (252).

Diese Differenzierung ist insofern unverständlich, als tatsächlich vorhandene sittlich-ethische Unlauterkeitsvorstellungen schwerlich von dem unbestimmten Rechtsbegriff der Lauterkeit in § 1 UWG abzugrenzen sind, vor allem deshalb, weil bei der Anwendung des § 1 UWG von denselben Vorstellungen auszugehen ist (253). KROITZSCH geht darüberhinaus unzutreffenderweise

---

250. H.-D.SCHEEL, Wettbewerbsregeln über Preiswettbewerb, Diss.jur. S.65.
251. Bundesverfassungsgericht E 4, S.7 ff.; H.EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, S.18 ff.; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Komm.z.GG, Art.2 Abs.1 GG, Rdn.44; O.SANDROCK, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S.49 ff.; W.SCHMIDT-RIMPLER, "Wirtschaftsrecht", H.d.Sw., Bd.12, S.701 ff.
252. H.KROITZSCH, a.a.O.
253. Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Einleitung zum UWG, Anm.73 und 77.

davon aus, daß sittlich-ethisch motivierte Rechtsentscheidungen objektivierbar sind, was er mit den "tatsächlich vorhandenen Anschauungen" ausdrückt. Dabei könnte es im Laufe der Zeit allgemeines Gedankengut geworden sein, daß bei derartigen Entscheidungen der auslegende Richter oder Beamte des Bundeskartellamtes seine subjektiven sittlich-ethischen Maßstäbe dem ihm vorliegenden Fall anlegt, so daß damit eine objektive Entscheidung nicht gewährleistet ist. Abgesehen davon, birgt diese Meinung die Gefahr in sich, daß die Wirtschaftsverbände ihre eigenen branchenfixierten Beurteilungsmaßstäbe zur Sachverhaltsbestimmung im Sinne lauteren Wettbewerbs anlegen, wogegen sich GÜNTHER bereits 1954 deutlich ausgesprochen hat (254).

Demgegenüber vertritt TETZNER (255) die Auffassung, daß Wettbewerbsregeln zwar den lauteren Wettbewerb fördern sollen, dessen Grenzen sich aber nachdem UWG und seinen Nebengesetzen bemessen.

Ähnlich argumentieren RASCH (256), MÜLLER-GRIES (257)und REIMERS (258), der im Unterschied zu § 1 UWG, wo ein "objektiver" Maßstab gelten soll, in § 28 Abs.2 insbesondere das Anstandsgefühl der Branchenangehörigen berücksichtigt wissen will. Gegen diese irrtümliche Differenzierung sind dieselben Gründe einzuwenden wie gegen die von KROITZSCH vertretene Ansicht.

3.3. Wettbewerbsregeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs

Bereits im Hinblick auf den geltenden § 28 Abs.2, der den leistungsgerechten Wettbewerb noch nicht explizit erwähnt, wird über den Begriff diskutiert, und einige Autoren sehen schon gegenwärtig den Zweck der Wettbewerbsregeln darin, ausschließlich oder neben dem lauteren auch den Leistungswettbewerb zu fördern. Dabei unterscheiden sich die begründenden Argumente zum Teil erheblich, was auf die unterschiedliche systematische Gewichtung der Normen des GWB und deren Verhältnis zum UWG zurückzuführen ist.

---

254. E.GÜNTHER, Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln, in: MA 1954, S.351.
255. H.TETZNER, a.a.O.
256. RASCH-WESTRICK, a.a.O.
257. MÜLLER-GRIES, Komm.z.GWB, § 28, Anm.5, 13, 24.
258. H.REIMERS, a.a.O.

OEHLER (259) geht davon aus, daß Wettbewerbsregeln, die das GWB gestatte, nur die Ziele des GWB verwirklichen könnten (260). Infolgedessen ist nach seiner Meinung Wettbewerbsfreiheit nicht nur nach den vom UWG gesetzten Grenzen geschützt. Wettbewerbsregeln könnten nur deshalb den Zielsetzungen des GWB entsprechen, weil sie nicht unter die Ausnahmebereiche des § 1, die er als politische und echte Ausnahmebereiche qualifiziert, fallen.

Dieser Meinung ist vom Ergebnis her zuzustimmen, daß unter Leistungswettbewerb ein Wettbewerbskonzept ähnlich dem des funktionsfähigen Wettbewerbs zu verstehen ist, wofür auch die Beschlußpraxis des Bundeskartellamtes Hinweise zu liefern scheint (261). Wie noch zu zeigen sein wird, findet diese These Unterstützung in der Entstehungsgeschichte des § 28 sowie in der Gesetzessystematik. Darüberhinaus findet sie sich in der Begründung zu § 28 Abs.2 RegE GWB.

Geschützt wird durch das GWB, insbesondere durch § 1, der funktionsfähige Wettbewerb und nur, soweit Wettbewerbsregeln diese Zielvorstellung verwirklichen, sind sie zuzulassen. Inwieweit sie dies vermögen und nicht ausschließlich zugunsten einzelner Brancheninteressen aufgestellt werden, wird noch festzustellen sein. Gegen OEHLER ist vorerst einzuwenden, daß er den funktionsfähigen Wettbewerb dadurch definiert, daß er nicht künstlich beschränkt sein darf, u.a. nicht durch staatliche Eingriffe (262). Damit huldigt er in Anlehnung an HOPPMANN einer illusorischen Wettbewerbsfreiheit.

---

259. H.OEHLER, a.a.O.
260. Derselbe, a.a.O., S.54.
261. TätB 1959, Bundestags-Drucksache 1795, S.7, wo von der Aufgabe gesprochen wird, "den Leistungswettbewerb zu fördern, um die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus zu erhalten"; vgl. auch TätB 1960, Bundestags-Drucksache 2734, S.7, der von der Verwirklichung des funktionsfähigen Wettbewerbs spricht; vgl. ferner TätB 1963, Bundestags-Drucksache IV/2370, S.10, Fußn.1; B.GRIESBACH, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1962, S.1012 ff.; E.GÜNTHER, Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, in: WuW 1964, S.113.
262. H.OEHLER, a.a.O., S.64.

BENISCH will die Wettbewerbsregeln zur Verwirklichung strukturpolitischer Ziele einsetzen (263), wobei er zwar noch einen Lauterkeitsbezug herstellt, darüberhinaus aber einen Bereich der "grauen Zone" schafft, der Wettbewerbsregeln inhaltlich bestimmt. BENISCH scheint in seiner Argumentation den Begriff "Leistungswettbewerb" durch eine terminologische Spielerei wie "graue Zone" vermeiden zu wollen, denn seine Vorstellungen vom Inhalt der Wettbewerbsregeln gehen deutlich über die Grenzen des Lauterkeitsbegriffes hinaus (264).

Darüberhinaus wird der Leistungswettbewerb im Rahmen des § 28 Abs.2 mit den verschiedensten Inhalten versehen.

BENCKENDORFF versteht ihn als Wettbewerb mit der Leistung eines Unternehmens (265). LANGEN (266)geht von der "Doppelwertigkeit der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" aus, die zum einen den Bereich der guten Sitten betrifft, zum anderen die vom Gesetz bezweckte Wettbewerbsordnung. Die Widersprüchlichkeit der Argumentation LANGENS wird dadurch sichtbar, daß er sein ambivalentes Verständnis vom lauteren Wettbewerb zugunsten des einfachen Schlusses aufgibt, daß Leistungswettbewerb doch "nichts anderes als der Gegensatz zum (sittenwidrigen) Behinderungswettbewerb" sei (267). Nach der Meinung von SACK (268) dient der Leistungswettbewerb der Beschränkung des wettbewerbsverfälschenden Wettbewerbs mit Nebenleistungen. Eine umfangreiche Palette unkommentierter Qualifikationsmerkmale des Leistungswettbewerbs bietet GÜNTHER, indem er ihn z.B. als echt, gesund, fair, wirklich, sinnvoll bzw. normal bezeichnet (269).

---

263. W.BENISCH, a.a.O.
264. Derselbe, a.a.O.
265. G.BENCKENDORFF, a.a.O.
266. E.LANGEN, Komm.z.Kartellgesetz, § 28, Anm.13.
267. Derselbe, a.a.O., Anm.20.
268. R.SACK, Die Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff.GWB und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Diss.jur., S.88 und derselbe, Der zulässige Inhalt von Wettbewerbsregeln, in: WuW 1970, S.195 ff.
269. E.GÜNTHER, Wettbewerbsregeln - Entwicklung und Möglichkeiten, in: MA 1969, S.172.

Wie dieses Meinungsspektrum zu beurteilen ist, soll die folgende Analyse zeigen. Dabei wird der Leistungswettbewerb, sofern er ohne ausdrückliche Erwähnung dem § 28 Abs.2 durch auslegende Interpretation impliziert werden kann, daraufhin geprüft, ob er mit einem justitiabelen Inhalt versehen werden kann oder ob er eine rechtspolitisch gefährliche Leerformel darstellt. Da die isolierte Betrachtung des Begriffes bei der Vielfalt der Meinungen nicht zu seinem Verständnis beiträgt, vermag die Interpretation der Wettbewerbsregeln, in deren Kontext der Leistungswettbewerb seit Bestehen des GWB ausschließlich aktualisiert wird, möglicherweise weiterzuhelfen.

4. Begriffsbestimmung unter Anwendung der juristischen Interpretationsmethoden

4.1. Methodologische Vorbemerkung

Aufgabe der Interpretation ist es, das gesetzesadäquate Ergebnis in einem rationalen und kontrollierbaren Verfahren zu finden, dieses Ergebnis gleichermaßen rational und kontrollierbar zu begründen und dadurch Rechtsgewißheit und Voraussehbarkeit zu schaffen (270). Nach dem herkömmlichen Interpretationsverfahren soll der objektive Wille der Norm oder der subjektive Wille des Normgebers ermittelt werden, indem der Wortlaut der Norm, der systematische Zusammenhang innerhalb des Gesetzes, die Entstehungsgeschichte und ihr Sinn und Zweck untersucht werden (271). Demnach wird die Aufgabe der Interpretation in der Formulierung eines vorhandenen subjektiven oder objektivierten Willens gesehen.

Die angebliche Ermittlung eines vorgegebenen Willens erscheint allerdings fragwürdig angesichts der Tatsache, daß durch Interpretation eine Lösung für Fälle gefunden werden soll, für die das Gesetz keine eindeutigen Maßstäbe enthält. Deshalb kann dort, wo nichts Eindeutiges gewollt ist, auch kein wirklicher,

270. Vgl. zum Problem der Verfassungsinterpretation: K.HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 2: Verfassungsinterpretation.
271. Derselbe, ebenda.

sondern nur ein fiktiver oder vermuteter Wille ermittelt werden (272).

Die Fragwürdigkeit herkömmlicher Gesetzesinterpretation wird ebenfalls anhand der einzelnen Interpretationsmethoden deutlich.

Der Wortlaut bleibt häufig, je nach Anwendung allgemeinen oder spezifisch juristischen Wortgebrauchs, unsicher; die systematische Interpretation liefert unterschiedliche Ergebnisse, je nachdem, ob der formale Zusammenhang einer Norm innerhalb des Gesetzes oder ihr materieller Bezug untersucht werden. Unentschieden ist bisher, welcher der Interpretationsmethoden der Vorrang einzuräumen ist, falls sie unterschiedliche Ergebnisse liefern.

Um die Interpretation nicht zu einem Vorgang des Verschleierns werden zu lassen, kommt es deshalb darauf an, daß der Interpret sein eigenes Vorverständnis, das dem Interpretationsvorgang impliziert wird, berücksichtigt und das Interpretationsergebnis in Bezug auf seine eigenen Erwartungen an den rechtspolitischen Stellenwert der Norm relativiert. Zum anderen muß Gesetzesinterpretation unter Berücksichtigung konkreter Lebenssachverhalte und der feststellbaren Ansprüche, die an das Gesetz gestellt werden, stattfinden und kann nicht losgelöst von aller Rechtswirklichkeit im realitätsfernen Raum geschehen, da Interpretation immer Konkretisierung einer abstrakten Norm bedeutet und dementsprechend nur ihre schöpferische Kraft entfalten kann.

Unter Berücksichtigung dessen, daß juristische Interpretationsergebnisse nicht die Beweisbarkeit naturwissenschaftlicher Analysen für sich in Anspruch nehmen können, gewinnen sie in Anbetracht ihrer relativen Richtigkeit an Glaubwürdigkeit.

4.2. Der Gesetzeswortlaut des § 28 Abs.2 GWB

Im wesentlichen unbestritten gilt die Auffassung, daß die erste Alternative des § 28 Abs.2 dem Lauterkeitsbegriff im

---

272. Derselbe, ebenda.

Sinne des UWG entsprechend auszulegen ist (273). Dieser Meinung ist mangels gegenteiliger Argumente zuzustimmen.

Interpretationsprobleme wirft hingegen die zweite Alternative des Gesetzes auf.

Für SACK, der sich intensiv mit der Auslegung der Lauterkeit im Wettbewerb beschäftigt hat, besteht eine Tautologie darin, auch die zweite Alternative durch den Lauterkeitsbegriff des UWG begrenzen zu wollen (274). Entsprechend seiner Analyse soll in § 28 Abs.2 der Wettbewerb allgemein angeregt werden, da sich das Wort "anregen" auf das "Verhalten im Wettbewerb" beziehe. Er kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß "auch strukturpolitische Erwägungen bei der Zulassung von Wettbewerbsregeln berücksichtigt werden können (275)".

Diesem Ergebnis wird vielfach damit widersprochen, daß die zweite Alternative mit einem "diesen Grundsätzen entsprechenden Verhalten" genau dieselben Grundsätze meine, wie die erste Alternative (276). Andernfalls würde man dem Wortlaut des Gesetzes so sehr Gewalt antun, wie es im Rahmen juristischer Interpretation nicht mehr vertretbar wäre (277). Für diese Meinung spricht die verbreitete Kritik am Wortlaut des § 28 Abs.2, der als "torsohafte Regelung" und "Verlegenheitslösung" (278) bezeichnet wird, die aufgrund bestehender Meinungsunter-

273. Bundeskartellamt, in: WuW/E BKartA 301, 304; 586 ff.; 591; 815; BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 28, Anm.20; M.von BRAUCHITSCH, Kartellrecht, § 31 II 2 b; H.EWALD, Neue Erkenntnisse des Bundeskartellamts, in: WRP 1964, S.258; derselbe, Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsregeln, in: WRP 1967, S.379 ff.; H.FRANZEN, Gemeinschaftskommentar, § 28 Anm.18 ff.; H.KROITZSCH, Wettbewerbsregeln in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: GRUR 1965, S.13, 19; R.SACK, Die Wettbewerbsregeln..., S.52; H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.10.
274. R.SACK, Die Wettbewerbsregeln, S.77.
275. Derselbe, Die Wettbewerbsregeln, S.78.
276. Vgl. A.KELLERMANN, Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S.75; H.G.WALDE, Aufstellung und Eintragung der Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln und ihre Rechtsfolgen, Diss.jur., S.112.
277. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.11.
278. E.LANGEN, Komm.z.Kartellgesetz, § 28 Anm. 12.

schiede bei der Gesetzesformulierung möglichst unverbindlich gehalten wurde (279). Aus dem Wortlaut sei letztendlich keine ausgeprägte Meinung erkennbar (280). Allerdings wird eingeräumt (281), daß § 28 Abs.2 mehr bezwecke, als "Verstöße gegen die Bestimmungen des UWG und seiner Nebengesetze zu verhindern", da sonst der komplizierte Wortlaut überflüssig sei. Worin jedoch die weitergehende Zielvorstellung bestehe, bleibe allein aufgrund des Wortlautes unklar (282).

Bevor zum Inhalt des Meinungsbildes Stellung genommen wird, ist gegen die Methodologie der Ausführungen einzuwenden, daß Überlegungen zum Verhältnis der beiden Alternativen des § 28 Abs.2 eher in den Rahmen einer Interpretation nach systematischen Gesichtspunkten gehören als in den Bereich wörtlicher Auslegung. Da die Interpretationsarten jedoch nicht streng zu trennen sind, sondern in Relation zum Standpunkt und Vorverständnis der Interpreten Spielarten teleologischer Interpretation darstellen und deshalb jede Auslegungsmethode dem sogenannten Sinn der Vorschrift entsprechend und damit ergebnisorientiert angewandt wird, werden die Überlegungen im Rahmen der Wortinterpretation diskutiert.

Auch wenn der Wortlaut keinen Hinweis dafür liefert, daß mit lauterem Wettbewerb etwa die Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen bezweckt sei (283), wird weitgehend der Annahme zugestimmt, daß der Wortlaut der Vorschrift auf die Förderung eines Verhaltens hindeutet, das über den reinen Lauterkeitsbe-

279. H.FRANZEN, in: WuW 1957, S.741; vgl. auch G.HENNER, Gegenstand und Inhalt von Wettbewerbsregeln, Diss.jur., S.1 f., 35; V.KOENIGS, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, in: GRUR 1958, S.591; O.LIEBERKNECHT, Das Kartellgesetz, ein notwendiger Kompromiß, in: KuG 1957, S.216.
280. F.MANGOLD, Preislistenzwang und heimliche Preisunterbietung, Diss.jur., 1963, S.83; vgl. auch O.LIEBERKNECHT, Regeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs..., S.70; G.BENCKENDORFF, Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, in: WuW 1958, S.416.
281. A.KELLERMANN, Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, S.63, 73; H.FRANZEN, Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, in: WuW 1957, S.744; F.MANGOLD, a.a.O. S.87.
282. H.G.WALDE, Aufstellung und Eintragung..., S.87.
283. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.9.

reich hinausgeht (284). In der Formulierung des Weiteren wird allerdings Zurückhaltung geübt (285).

Diese Bedenken erscheinen jedoch angesichts der Argumentation von SACK unverständlich. Das darin vorgeschlagene Ziel des Inhalts, daß der Wettbewerb zu fördern sei, ist im Rahmen des GWB so neutral ausgelegt, daß damit dem Wortlaut des Gesetzes keine Gewalt angetan wird. Welche spezifischen Maßnahmen sich wettbewerbsfördernd auswirken, bleibt dabei dem aktuellen Verständnis von der Qualität wettbewerbspolitischer Maßnahmen überlassen. Soweit es zur Intensivierung des Wettbewerbs erforderlich ist, sind strukturpolitische Maßnahmen in Erwägung zu ziehen, die auch in der Förderung der Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen bestehen.

Soweit erkennbar, hält sich dieses Auslegungsergebnis im Rahmen zulässiger Interpretationsmethodik. Weitergehende Auslegungen würden allerdings Implikationen ins Spiel bringen, die nicht mit dem wörtlichen Verständnis der Vorschrift vereinbar wären.

4.3. Die Gesetzesmaterialien

Da die wörtliche Interpretation als Hinweis für eine Auslegungsmöglichkeit des § 28 Abs.2, die über unmittelbare Assoziationen an § 1 UWG hinausgeht, nicht ausreicht, sind die Gesetzesmaterialien heranzuziehen, die Ansatzpunkte dafür liefern könnten, mit welchem Vorverständnis diese Norm zustandegekommen ist.

Trotz des Einwandes, daß das GWB bereits zehn Jahre nach seinem Inkrafttreten "längst von der Wirklichkeit überrollt" sei (286), ist der Vorschrift für die vorliegende Analyse die Relevanz nicht abzusprechen, da bei der Formulierung des Gesetzes in allen daran beteiligten Gremien und Organen der Leistungswettbewerb als Bezugspunkt für Wettbewerbsregeln diskutiert wurde. Dies bestätigen die zur Verfügung stehenden Unter-

284. s. Fußn. 281.
285. s. Fußn. 282.
286. BGH-Präsident ROBERT FISCHER, Bericht von einem Presseempfang, in: FAZ Nr.278 vom 29.11.1968, S.8.

lagen, die gleichzeitig der Begriffsklärung dienen; die Protokolle über die Beratungen des wirtschaftspolitischen Ausschusses mit den Formulierungshilfen der Bundesregierung (287), der schriftliche Ausschußbericht (288), die Wiedergabe der ersten Bundestagslesung (289), die Stellungnahme des Bundesrates (290) und die Entgegnung der Bundesregierung (291).

4.3.1. Ergebnisse der Ausschußberatungen

Wichtigstes Beratungsgremium für das Zustandekommen von Gesetzen ist nicht das Bundestagsplenum, in dem lediglich die gesetzlich vorgeschriebene Beschlußfassung nach dreimaliger Lesung hergestellt wird, sondern der Bundestagsausschuß in dem der Gesetzentwurf diskutiert und dessen Formulierung im allgemeinen als endgültige Fassung beschlossen wird (292). Diese Art der Gesetzesberatung ist darin begründet, daß die Ausschußbesetzung ein Expertengremium darstellt, wohingegen im Bundestagsplenum mehrheitlich keine Fachleute, sondern nur punktuell informierte Abgeordnete sitzen (293). Die Kenntnis dieses parlamentarischen Entscheidungsmechanismus ist notwendig, um die Unterlagen, die zur Analyse der Entstehungsgeschichte zur Verfügung stehen, angemessen beurteilen zu können.

Aus den Gesetzesmaterialien ist primär der schriftliche Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses heranzuziehen. Zum Verständnis des Begriffs "Leistungswettbewerb" sind die Ausschußprotokolle, die entsprechenden Formulierungshilfen der Bundesregierung sowie schriftliche Informationen der Ausschußmitglieder zu verwenden. Begrenzte Relevanz erhalten auch ein

287. In die nicht veröffentlichten Kurzprotokolle des Ausschusses für Wirtschaftspolitik im II.Deutschen Bundestag konnte im Bundeskartellamt Einsicht genommen werden.
288. II.Deutscher Bundestag, Drucksache 3644, Anlage 4, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1156 ff.
289. Vernandlungen des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte, Bd.24, S.4246 ff.
290. II.Deutscher Bundestag, Drucksache 1158, Anlage 2, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1129 ff.
291. II.Deutscher Bundestag, Drucksache 1158, Anlage 3, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1149 ff.
292. B.DECHAMPS, Macht und Arbeit der Ausschüsse, passim; L.A.VERSTEYL, Der Einfluß der Verbände auf die Gesetzgebung, Diss.jur. S.167-172; G.LOEWENBERG, Parlamentarismus im politischen System der Bundesrepublik Deutschland, S.387 ff.
293. L.A.VERSTEYL, a.a.O., S.150-166.

Ausschnitt aus der ersten Bundestagslesung, die Stellungnahme des Bundesrates und die Entgegnung der Bundesregierung.

Der Bericht des DP-Abgeordneten ELBRÄCHTER im Bundestag enthält zu § 28 GWB entsprechend § 26 a KartG/Ausschußfassung die Feststellung, daß Wettbewerbsregeln unlauterem Verhalten entgegenwirken und lauteres Verhalten anregen und fördern sollen (294). Diese scheinbar eindeutige Fassung der Wettbewerbsregeln als Durchsetzungsmittel des lauteren Wettbewerbs wird in Frage gestellt durch die Einleitung zum Abschnitt: Wettbewerbsregeln. Danach stellen sie eine "positive Handhabe für die Ausschliessung eines unlauteren Verhaltens im Wettbewerb und insbesondere auch für die Anregung und Förderung des Leistungswettbewerbs" (295) dar.

Im dem Plenumsbericht des SPD-Abgeordneten KURLBAUM zu § 1, in dem die Wettbewerbsregeln kurz Erwähnung finden, wird ausgeführt, daß sie "ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufendes Verhalten kennzeichnen" (296).

Eine kurze Bemerkung zum Abschnitt Wettbewerbsregeln enthält auch der Generalbericht des Ausschußvorsitzenden, des CDU-Abgeordneten HELLWIG. Es wird darin das Spannungsverhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Durchsetzung des Lauterkeitsprinzips angesprochen (297), dessen Ausformung in den Wettbewerbsregeln Rechnung getragen werde. Durch die Betonung der engen Verzahnung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb (298) wird an dieser Stelle letzteres als Maßstab für die Wettbewerbsregeln gesetzt.

Trotz der häufigen Erwähnung des "lauteren Wettbewerbs" in den Abschlußberichten zu den Ausschußberatungen des GWB ist bei Kenntnis der Ausschußprotokolle keineswegs sicher, wie teilweise betont wird (299), daß nach der Ausschußberichterstattung

294. Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1195.
295. Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1195.
296. Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1175.
297. Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1164.
298. Gemeinschaftskommentar 1.Auflage, S.1164.
299. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.28, 21-23.

die Wettbewerbsregeln an die Wertungsmaßstäbe des UWG gebunden seien, da zum einen der Bericht zum Abschnitt Wettbewerbsregeln den Begriff "Leistungswettbewerb" enthält und zum anderen der lautere Wettbewerb in den Ausschußberatungen expansiv interpretiert wurde, so daß er einem möglichen Verständnis dessen, was unter Leistungswettbewerb zukünftig verstanden werden könnte, offen sein sollte. Von daher ergibt sich die Notwendigkeit des Rekurses auf die Kurzprotokolle des wirtschaftspolitischen Ausschusses.

4.3.2. Ausschußvorlagen

Der bei der Entstehung des GWB federführende Ausschuß für Wirtschaftspolitik hat in insgesamt 86 Sitzungen über den Regierungsentwurf vom 17.Februar 1954 (300) und die damit verbundenen Initiativentwürfe des Abgeordneten HÖCHERL und Genossen (301) sowie des Abgeordneten BÖHM und Genossen (302) beraten.

Der Regierungsentwurf beruhte ursprünglich auf dem ausschließlichen Verbotsprinzip von Kartellen. Er enthielt keine Bestimmungen über Wettbewerbsregeln, sondern Vereinbarungen und Beschlüsse, die lediglich Maßnahmen des unlauteren Wettbewerbs unterbinden wollten, soweit diese nicht durch das Verbot des § 1 erfaßt waren (303). Der zum Regierungsentwurf ergangene Änderungsvorschlag des Bundesrates stellt eine Kompromißlösung zwischen Verbotsgesetzgebung mit Erlaubnisvorbehalt und Erlaubnisgesetzgebung mit Verbotsvorbehalt dar (304). Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind zwar grundsätzlich verboten, aber nach § 5 b des Entwurfs erlaubt, sofern sie im öffentlichen Interesse für notwendig gehalten werden.

Aus der Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates (305) geht hervor, daß das öffentliche Interesse zwar zu berücksichtigen sei, das Ziel des Gesetzes, die Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs, aber nicht

300. II.Deutscher Bundestag, Drucksache 1158.
301. Antrag vom 11. 3.1955, II.Deutscher Bundestag, Drucksache 1253.
302. Antrag vom 16. 3.1955, II.Deutscher Bundestag, Drucksache 1269.
303. Gemeinschaftskommentar S.1076.
304. Protokoll der 60.Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik im II.Deutschen Bundestag, vom 25.Mai 1955.
305. II.Deutscher Bundestag, Drucksache 1158, Anlage 3.

aus den Augen verloren werden dürfe (306).

Im Hinblick auf diese Zielvorstellung könnten leichtere Kartellformen unter besonderen Umständen zugelassen werden (307). Die besonderen Umstände begründet der Bundesrat damit (308), daß kleine und mittlere Unternehmen der aufkommenden Machtstellung und den Mißbräuchen marktbeherrschender Unternehmen und Konzerne durch Kartellbildung gegenübertreten könnten. Das besondere öffentliche Interesse erfordere die Berücksichtigung der Interessen der gesamten Wirtschaft einschließlich der Verbraucher (309). Nach Ansicht des Bundesrates war also eine Wettbewerbsbeschränkung in Kauf zu nehmen, wenn gesamtökonomische Wohlfahrtaspekte dies erforderten. Damit wird der Wettbewerbsbegriff nach § 1 in Anbetracht einer spezifischen wirtschaftlichen Entwicklung dahingehend konkretisiert, daß Freiheitssicherung als Basis wettbewerbspolitischer Maßnahmen nicht ausreicht, sondern daß sie zugunsten gesamtökonomischer Aspekte relativiert werden muß. Die Bundesregierung erfaßte dies in ihrer Stellungnahme mit dem Begriff Leistungswettbewerb, so daß sich aus der Vorlage des Bundesrates in Verbindung mit der dazu erfolgten Stellungnahme der Bundesregierung, die damit ihren eigenen Hinweis auf den lauteren Wettbewerb als Ausnahmebereich von § 1 (310) ausdehnte, eine Begriffsbestimmung des Leistungswettbewerbs im Sinne strukturpolitischer Maßnahmen zur Behebung wettbewerbsgefährdenden Machtgefälles ergibt.

Gemäß dieser Inhaltsbestimmung ist auch der ruinöse Wettbewerb auszulegen, durch den der Leistungswettbewerb bedroht sein könnte (311), was bereits aus der syntaktischen Formulierung der Empfehlung des Bundesrates hervorgeht. Die Bundesregierung, der Adressat der Empfehlung, definierte den Leistungswettbewerb in ihrer Antwort als freien Wettbewerb, der im GWB aufrechter-

306. Gemeinschaftskommentar S.1149.
307. Ebenda.
308. Gemeinschaftskommentar S.1131/1132.
309. Ebenda, S.1132.
310. Gemeinschaftskommentar S.1155.
311. Empfehlung des Bundesrates, in: Gemeinschaftskommentar S.1148.

halten und gefördert werde (312). Schutzvorschriften seien zwar auch im UWG enthalten, doch darüberhinaus sei zu erwägen, Wettbewerbsregeln zuzulassen.

Aus diesen Bemerkungen ergibt sich nicht, daß sich deren Inhalt auf das UWG beschränken soll, sondern die Inhaltsbestimmung bleibt offen (313). Aus der Tatsache, daß der Bundesrat Vorschriften zum Schutz des Leistungswettbewerbs und vor ruinösem Wettbewerb in der Vorlage der Bundesregierung vermißte und gleichzeitig die Vorlage durch Ermöglichung von Kartellen im öffentlichen Interesse gemäß § 5 b ergänzte, ist zu schließen, daß er auch in strukturellen wirtschaftlichen Veränderungen einen potentiellen Schutz des Leistungswettbewerbs gegeben sah.

Aus dem Vorschlag bzw. Änderungsvorschlag der Bundesregierung und des Bundesrates läßt sich nach näherer Betrachtung folgende Erkenntnis für die Bestimmung des Leistungswettbewerbs ziehen:

Der Leistungswettbewerb ist in jedem Fall Schutz- und Förderungsobjekt des GWB, wobei sich die beiden Stellungnahmen im folgenden unterscheiden: Die Bundesregierung definiert den Begriff als Inkarnation der Wettbewerbsfreiheit, deren mißbräuchliche Anwendung verhindert werden müsse. Der Bundesrat will dagegen durch das GWB zwar auch die Wettbewerbsfreiheit gefördert und geschützt wissen, aber als Korrelat zum Gesamtwohl, was durch die Einführung des § 5 b zum Ausdruck kommt. Dahingehend definiert er den nach seiner Meinung schützenswerten Wettbewerb.

Generalisierend ist daraus vorab zu schließen, daß Leistungswettbewerb sich entsprechend der die Wettbewerbspolitik bestimmenden Meinungsbildung als funktionsfähiger Wettbewerb am Primat der mehr oder weniger schützens- und förderungswürdigen Wettbewerbsfreiheit oder des wirtschaftlichen Gesamtwohls

312. Gemeinschaftskommentar S.1155.
313. A.M. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.25.

orientiert, dessen Schutz- bzw. Förderungswürdigkeit an der Wirksamkeit des Wettbewerbs als marktwirtschaftlichem Steuerungsmechanismus abzulesen ist.

4.3.3. Ausschußdiskussion

Anhand der Kurzprotokolle des Ausschusses für Wirtschaftspolitik ist zu prüfen, ob und inwieweit das bisher gewonnene Ergebnis bestätigt wird. Es besteht die Möglichkeit, daß die Gesetzesvorlagen in den Ausschußberatungen wesentliche Inhaltsveränderungen erfahren haben.

Die Vorstellungen der CDU-Abgeordneten im Ausschuß wurden im wesentlichen geprägt durch die Formulierungsvorschläge von BÖHM und ILLERHAUS, die in der 175.Sitzung am 20.März diskutiert wurden.

BÖHM verwandte in seinem Entwurf die Formulierung "lauterer Leistungswettbewerb". In der Begründung zu seinem Vorschlag führte er aus, daß Wettbewerbsregeln der Konkretisierung des lauteren Wettbewerbs dienten (314). Es ist allerdings unzutreffend, BÖHMS Auffassung ganz am UWG orientiert zu sehen (315), da er den Begriff der guten Sitten unter Berücksichtigung vom Sinn und Ordnungsgedanken des Wettbewerbs ausgelegt wissen wollte (316), was seiner Meinung nach viel zu wenig erfolge. Unter ausdrücklicher Verwendung des Begriffs "lauterer Leistungswettbewerb" (316a) bezwecke er, die Tendenzen zur Verfeinerung der Rechtsprechung in Wettbewerbsfragen zu verstärken. Insofern geht BÖHM mit seinem Verständnis des lauteren Wettbewerbs über die herkömmliche Auslegung des UWG hinaus, und zwar in Richtung auf einen wirtschaftlich wirksamen Wettbewerb. Die Anlehnung ans geltende UWG wird auch dadurch widerlegt, daß er in dem Verfahren des Zustandekommens von Wettbewerbsregeln eine Vorbereitung für eine Reform des UWG sah (317).

---

314. Kurzprotokoll der 175.Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik vom 20.März 1957, II.Deutscher Bundestag S. 5.
315. So H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.19/20.
316. Protokoll der 175.Sitzung, S.5.
316a. Betonung nach F.BÖHM.
317. F.BÖHM, Protokoll der 175.Sitzung, S.6.

Der Vorschlag BÖHMS wurde mit der Begründung abgelehnt, daß der Leistungswettbewerb nicht definiert werde. Weil er mangels Erfahrung auf dem Gebiet auch noch nicht bestimmbar sei, sollte das Gesetz nur ein Minimum an Klarstellung enthalten (318). Daraus läßt sich entnehmen, daß Leistungswettbewerb als etwas von lauterem Wettbewerb Verschiedenes verstanden wurde.

HÖCHERL hielt die Vorschrift zur Aufstellung von Wettbewerbsregeln für überflüssig, weil nach Absicht des Gesetzes alles erlaubt sein müsse, was den Leistungswettbewerb fördere (319). Zuwiderhandlungen begründeten die widerlegbare Vermutung eines Verstoßes gegen das UWG. Dieser Schluß scheint nicht überzeugend, da Verstöße gegen ein gesetzlich geschütztes Gut Verstöße gegen dieses Gesetz bedeuten, u.U. auch Verstöße gegen ein anderes Gesetz, aber keinesfalls ausschließlich Zuwiderhandlungen gegen ein anderes Gesetz, d.h. gegen das UWG anstelle des GWB.

Auch der Abgeordnete ILLERHAUS formulierte einen Gesetzesvorschlag zur Förderung des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln (320). Damit sollte der Bereich der sogenannten grauen Zone erfaßt werden, den er dergestalt definierte, daß sich in dem Bereich des Wirtschaftsverkehrs noch keine selbständige Rechtsprechung entwickelt habe. Er nennt hierfür einige Beispiele, die er in der ersten Lesung des GWB vervollständigt:

— Preisunterbietung in Form von Schleuderpreisen

— Verschenken von Ware zu Wettbewerbszwecken

— Streitfragen auf dem Gebiet der vergleichenden Werbung (insbesondere Alleinstellungswerbung mittels negativen Komparativs) (321)

— Vereinbarungen über Transport-, Verpackungs- und Lagerhaltungsfragen zum Zwecke der schnellsten Beförderung,

318. F.HELLWIG und O.SAMWER, Protokoll der 175.Sitzung, S.6.
319. H.HÖCHERL, Protokoll der 175.Sitzung, S.7 und Protokoll der 178.Sitzung vom 28.März 1957, Anlage II.
320. Protokoll der 175.Sitzung, Anlage II.
321. Protokoll der 175.Sitzung, S.8.

— der besten Frischhaltung und der günstigsten Konservierung (322).

— Verbot von Preisdiskriminierungen

— Verbot ungerechtfertigter Rabatte

— Verbot des Unterselbstkostenverkaufs

— Vereinbarungen über die Einhaltung von Lieferverpflichtungen

— Ausgleich von Kostenanalysen

— Einrichtung von Schiedsgerichten

— Regelung des "leidigen" Betriebs- und Behördenhandels (323).

Der Begriff Leistungswettbewerb sei seiner Meinung nach erst im Laufe einer sich dazu herausbildenden Rechtsprechung zu klären. Jedenfalls müßten die Wettbewerbsregeln dazu geeignet sein, den Wirtschaftsablauf zu fördern (324).

Der Abgeordnete BÖHM stellte in der 178.Sitzung einen abgeänderten Formulierungsvorschlag zur Diskussion, in dem der lautere Leistungswettbewerb unerwähnt bleibt und nur noch von Wettbewerbsregeln gesprochen wird, die das Verhalten im Wettbewerb regeln. Im Anschluß an die Diskussion über diesen und zwei weitere Anträge der Abgeordneten HÖCHERL und HELLWIG, einigte man sich auf die geltende Fassung des § 28 Abs.2. Auf den Begriff Leistungswettbewerb wird darin bekanntermaßen gänzlich verzichtet, obzwar in der Diskussion noch mehrheitlich festgestellt wurde, daß positive leistungsfördernde Wettbewerbsregeln denkbar seien (325). Aber um Mißverständnisse auszuräumen, wird Leistungswettbewerb durch den neutralen Begriff Wettbewerb ersetzt.

---

322. Protokoll der 175.Sitzung, S.9.
323. Verhandlungen des II.Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte, Bd.24, 76.Sitzung vom 24.März 1955, S.4249.
324. Protokoll der 175.Sitzung, S.9/10.
325. Protokoll der 178.Sitzung, S.9.

Aus dem Diskussionsverlauf wird deutlich, daß man durch die Gewährung von Wettbewerbsregeln Wirtschaftsverbänden konzedieren wollte, auf die Gestaltung des Wettbewerbs Einfluß zu nehmen, und zwar in einer Weise, die über die Orientierung am UWG hinausgeht. Begründet wurde dies zum Teil mit der Revisionsbedürftigkeit des UWG, was auch die oppositionellen Abgeordneten ATZENROTH, KURLBAUM und LANGE bestätigten, die ansonsten die Wettbewerbsregeln ablehnten (326).

Da sich die Ausschußmitglieder jedoch einerseits im Unklaren darüber befanden, wie der Wettbewerb zur Gewährleistung der angestrebten Leistungsfähigkeit ausgestaltet sein sollte und andererseits angesichts der Unbestimmtheit des Begriffs ein allzu großer Einfluß seitens der Wirtschaft befürchtet wurde (327), hielt man den Wortlaut der Vorschrift im Rahmen des bereits bekannten Lauterkeitsbegriffs. Diese restriktive Tendenz wurde begünstigt durch die Formulierungshilfe des Bundeswirtschaftsministers, die lediglich Empfehlungen für ein Verhalten zur Förderung des Leistungswettbewerbs neben Vereinbarungen bindenden Charakters zum Schutze des lauteren Wettbewerbs im Sinne des UWG und seiner Nebengesetze, z.B. des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung,vorsah. Die über den Wortlaut dieses Vorschlags hinausgehenden Anträge der Abgeordneten BÖHM, ILLERHAUS und HÖCHERL wurden abgelehnt. Dabei wurde allerdings der Rechtsprechung offengelassen, das UWG im Hinblick auf wirtschaftliche Tendenzen auszulegen.

Zur Frage der Wettbewerbsregeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs ist den Ausschußprotokollen zu entnehmen, daß darunter ein Verhalten zu verstehen ist, das sich im Hinblick auf einen wirksamen Wettbewerb fördernd auswirkt. Wegen mangelnder Bestimmbarkeit dieser Formulierung hat man sich auf den Begriff "LAUTERKEIT" beschränkt. Die der Ansicht des Bundeswirtschaftsministeriums entsprechende restriktive Fassung erscheint vorwiegend als Ausdruck der Abwehr gegen

326. Protokoll der 178.Sitzung, S.3.
327. Z.B. Protokoll der 178.Sitzung, S.6.

Versuche der Wirtschaft, auf die Formulierung des GWB Einfluß zu gewinnen (328). Die versuchte Einflußnahme der Wirtschaftsverbände auf die Ausschußmitglieder ist insofern nicht erstaunlich, als sich insbesondere im Wirtschaftsausschuß die Anzahl der Interessenvertreter konzentriert. Von den Vertretern der CDU/CSU ist fast jeder führendes Mitglied eines Wirtschaftsverbandes und auch bei den SPD-Mitgliedern besteht ein Übergewicht der Vertreter von Wirtschaft und Industrie (329).

Unter Berücksichtigung des Wirtschaftseinflusses ist auch der restriktive Formulierungsvorschlag des Bundeswirtschaftsministeriums zu beurteilen, wie aus einer Äußerung GÜNTHERS in der 175.Sitzung zu ersehen ist (330): Die Wirtschaft beabsichtige eine Einengung des § 1 durch Wettbewerbsregeln, insbesondere Preisregeln, und durch Einführung der sogenannten grauen Zone. Das Bundeswirtschaftsministerium halte zwar den Wunsch der Wirtschaft nach der Zulässigkeit von Bagatellkartellen u.U. für berechtigt; dennoch könnten nur Wettbewerbsregeln zugelassen werden, die das UWG und seine Nebengesetze konkretisieren. Wettbewerbsregeln betreffend den Leistungswettbewerb könnten deshalb nur in Form unverbindlicher Empfehlungen zulässig sein. Aus dieser Differenzierung wird jedenfalls deutlich, daß das Bundeswirtschaftsministerium den lauteren vom Leistungswettbewerb trennt.

---

328. Aus dem Schreiben des Staatssekretärs des Bundeskanzleramts an den Landesmittelstandsausschuß der CDU Rheinland vom 19. 7.1955 geht hervor, daß von den Wirtschaftsverbänden Wettbewerbsregeln gefordert wurden. Der Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums im wirtschaftspolitischen Ausschuß stellt in einem schriftlichen Vermerk vom 21.Juli 1955 fest, wie bemerkenswert die Zurückweisung der offenbar vom BDI erfolgten Einflußnahme in den schriftlichen Darstellungen des Staatssekretärs sei. Auf Schwierigkeiten mit der Wirtschaft wies ebenfalls der erste Ausschußvorsitzende, der Abg.NAEGEL, in einem Brief an ADENAUER vom 3.Oktober 1955 hin, worin ferner betont wird, daß der Regierungsentwurf weitgehend von der Opposition unterstützt wurde und nur teilweise von den CDU-Vertretern im Ausschuß.
329. S. die Angaben im Handbuch des II.Deutschen Bundestages.
330. Protokoll der 175.Sitzung, S.11.

JOEL stimmte als Vertreter des Bundesjustizministeriums den Ausführungen GÜNTHERS, allerdings mit relativ undifferenzierter Begründung, zu. Das Bundesjustizministerium hatte zwar keinen eigenen Formulierungsvorschlag erarbeitet, jedoch konkrete Vorstellungen entwickelt, wonach es für die Argumentation mit der sogenannten grauen Zone eintrat (331). Im Laufe der Besprechungen mit dem Bundeswirtschaftsministerium ließ es sich allerdings von dessen Meinung, keine "graue Zone" zuzulassen, sondern sich am Begriff des lauteren Wettbewerbs zu orientieren, überzeugen (332).

4.3.4. Zusammenfassung und Ergebniswürdigung

Die Vorlage der Bundesregierung sowie die Änderungsvorschläge des Bundesrates argumentieren mit dem Begriff Leistungswettbewerb und definieren ihn als nach § 1 schützenswerten wirksamen Wettbewerb, seitens der Bundesregierung in der Form größtmöglicher Wettbewerbsfreiheit, seitens des Bundesrates darüberhinaus in der Zulässigkeit struktureller Veränderungen durch Kartellbildung, falls das Allgemeinwohl dies erfordert.

Der Leistungswettbewerb wurde ebenfalls von den Mitgliedern des Ausschusses für Wirtschaftspolitik der II.Wahlperiode des Deutschen Bundestages für schützens- bzw. förderungswert gehalten, in der Auslegung zwar semantisch angelehnt an den lauteren Wettbewerb, aber in der Inhaltsbestimmung weiter gefaßt. Die endgültige Bestimmung sollte der Interpretationsfähigkeit der Rechtsprechung überlassen werden.

Die Vorlage der Bundesregierung sowie die Stellungnahme des Bundesrates sind in der vom wirtschaftspolitischen Ausschuß formulierten Gesetzesfassung des § 28 Abs.2 nur insoweit berücksichtigt worden, als die Vereinbarung von Wettbewerbsregeln zum Schutze des Wettbewerbs zulässig sind. Der Begriff Leistungswettbewerb wurde in die endgültige Fassung nicht aufgenommen.

---

331. Referatsleiter im Bundesjustizministerium U.MEYER-CORDING in einem Vermerk vom 16. 6.1956.
332. Ergebnis einer Besprechung im Bundesjustizministerium mit Vertretern des Bundeswirtschaftsministerium über die Formulierung der Wettbewerbsregeln, o.Datum.

Als vorläufiges Ergebnis ist somit festzuhalten, daß

— der Leistungswettbewerb im wirtschaftspolitischen Ausschuß zwar diskutiert wurde, aber nicht übereinstimmend definiert werden konnte;

— eine mehrheitliche Einigung über den Bezug von Wettbewerbsregeln auf den lauteren Wettbewerb zustandekam, der im Falle positiv formulierter Wettbewerbsregeln der zweiten Alternative im § 28 Abs.2 expansiv im Sinne leistungsfördernder Vereinbarungen, die die Wirksamkeit des Wettbewerbs intensivieren, zu interpretieren ist.

Im Ausschuß wurde dafür das Beispiel der Kundenzeitschriften erwähnt (333). Wird dieses progressive Verständnis vom lauteren Wettbewerb außer Acht gelassen, das über die herkömmliche Auslegung des Terminus hinausgeht, ergibt dies eine mißverständliche Beurteilung der Ausschußergebnisse (334). Die offene Auslegung des lauteren Wettbewerbs ermöglicht somit auch die Vereinbarung struktureller Wirtschaftsverbesserungen, falls diese zum Zwecke allgemeiner Wirtschaftsförderung eingesetzt werden. Darüberhinaus bleibt allerdings zu erörtern, ob dieses Auslegungsergebnis rechtspolitisch zu verantworten ist, oder ob eine restriktive Auslegung des § 28 Abs.2 nicht wettbewerbspolitisch adäquater ist.

Im Interesse einer umfassenden Erörterung des Leistungswettbewerbs erscheint es erforderlich, die systematische Einordnung des Begriffs in dem Zusammenhang des GWB zu untersuchen, insbesondere da hieraus vielfach Argumente für die Auslegung des § 28 Abs.2 abgeleitet werden (335). Eine besondere systematische Auslegung wird zwar z.B. von PHILIP HECK (336) abgelehnt, aber selbst er räumt ein, daß der systematische Zusammenhang, in dem sich eine Norm befindet, zu berücksichtigen ist (337). Mithin soll in dieser Untersuchung die Stellung des § 28 Abs.2 im allgemeinen Gesetzeskontext nicht außer Acht gelassen werden.

---

333. Protokoll der 178.Sitzung, S.9.
334. A.M. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.28.
335. A.M. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.28.
336. PH.HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.84.
337. Derselbe, ebenda.

4.4. Die Einordnung des § 28 Abs.2 GWB in die Gesamtsystematik des GWB

Der Klärung der systematischen Einordnung der Vorschrift steht primär die Frage nach dem Schutzgut des Gesetzes voran. Zur Beantwortung ist vorwiegend § 1 heranzuziehen, der allgemein als Grundsatzbestimmung des Gesetzes anerkannt wird. Für die Zuordnung des § 28 Abs.2 bestehen zwei Möglichkeiten: entweder stellt die Vorschrift einen Ausnahmebereich von § 1 dar, oder sie dient demselben Schutzzweck.

Wie bereits in einem früheren Abschnitt der Arbeit festgestellt (338), dient § 1 der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs durch Freiheitssicherung. Es ergibt sich mithin die Alternative, daß § 28 Abs.2 ebenfalls zum Zwecke eines funktionsfähigen bzw. wirksamen Wettbewerbs besteht oder aber aus besonderen Gründen gegenläufige Vereinbarungen zuläßt.

Oberflächlich betrachtet, scheint die These überzeugend, daß das GWB eine Grundsatzbestimmung in Form des § 1 enthalte. und daß davon Ausnahmebereiche wie die §§ 2-8 und die §§ 28-33 normiert seien (339). Diese Argumentation ist allerdings lediglich an der semantischen Zuordnung der Vorschriften orientiert und bleibt ohne sinnvolle systematische Begründung. Die Ausnahmebereiche müßten einem wettbewerbstheoretisch begründbaren Zweck dienen. Daß diese Regelungen, die das strenge Verbotsprinzip liberalisieren, u.a. Konzessionen an die während der Gesetzesberatungen häufig von den Wirtschaftsverbänden geäußerten Forderungen darstellen, ist zwar zutreffend, reicht allerdings als Begründung nicht aus. Normensysteme beanspruchen trotz ihres Zustandekommens aufgrund außerparlamentarischer und damit illegitimer Einflüsse ihre eigene systemimmanente Logik, die sie als scheinbar objektives Regelsystem ausweisen (340). Entsprechend dieser zweckttheoretischen Voraussetzung stellen

338. Vgl. G.BENCKENDORFF, Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, in: WuW 1958, S.428.
339. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.29 ff., passim.
340. N.LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, S.190, und derselbe, Zweckbegriff und Systemrationalität, passim.

die §§ 28-33 in Bezug auf das Schutzgut des GWB keinen Ausnahmebereich dar (341). Von § 1 weichen sie nur insofern ab, als sie den wirksamen Wettbewerb nicht primär durch wirtschaftliche Freiheitssicherung schützen sollen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen durch Vereinbarungen.

Die Ausnahmebereichsthese wäre nur damit zu stützen, daß als Schutzzweck des GWB ausschließlich die Sicherung der Wirtschaftsfreiheit angesehen wird und wovon durch den Abschluß von Vereinbarungen Ausnahmen zugestanden werden. Aber auch diese Begründung wäre in Anbetracht der Unterscheidung von formeller Handlungs- und materieller Entscheidungsfreiheit unhaltbar. Ausschlaggebend für die Konkurrenzfähigkeit eines Unternehmens ist die Entscheidungsfreiheit, die durch den Abschluß begünstigender Vereinbarungen gestärkt werden kann, so daß auch in diesem Fall § 28 Abs.2 dieselbe Zweckrichtung verfolgt wie § 1. Entsprechend dem hier formulierten Schutzzweck ist auch die im Regierungsentwurf zum GWB formulierte Aufgabenstellung des Gesetzes zu verstehen, wonach das GWB die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen, und die wirtschaftliche Macht dort beseitigen soll, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt (342). Gemäß der syntaktischen Konstruktion ist die genannte Zielvorstellung in dem Sinne aufzufassen, daß Wettbewerbsfreiheit durch das GWB garantiert ist und Mißbräuche wirtschaftlicher Macht zu beseitigen sind, um die Wirksamkeit des Wettbewerbs nicht beeinträchtigen zu lassen. Wäre die Freiheit Zielvorstellung des Wettbewerbs, wäre die Verhinderung der Machtmißbräuche zu ihren Gunsten vorgesehen. Die Formulierung läßt jedoch darauf schließen, daß die Freiheit lediglich zur Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs instrumentalisiert wird.

---

341. Vgl. TätB 1965, Bundestags-Drucksache V/530, S.14 f.; Antwort der Bundesregierung vom 14.Dezember 1966 - Bundestags-Drucksache V/1238 - auf die kleine Anfrage betr. Förderung des Leistungswettbewerbs - Bundestags-Drucksache V/1142.
342. Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar S.1057 und 1059.

Dieser Feststellung schließt sich die Frage an, in welcher Weise die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch den Abschluß von Wettbewerbsregeln geschützt bzw. gefördert wird, und ob dazu die Erwähnung lauteren Wettbewerbs ausreicht bzw. ob eine extensive Interpretation der Lauterkeit erforderlich ist.

Der unlautere Wettbewerb wird definiert als sittenwidriger, unerlaubter Wettbewerb (343), in dem die Wettbewerbsfreiheit durch mißbräuchliche Ausnutzung pervertiert wird. Der lautere Wettbewerb stellt somit das Korrelat zur positiven, nicht mißbräuchlich genutzten Wettbewerbsfreiheit dar. Der Schutz vor unlauterem Wettbewerb dient deshalb mittelbar seiner Funktionsfähigkeit durch Verhinderung Machtmißbrauchs, der den wirksamen Wettbewerb beeinträchtigt. Da § 28 Abs.2 ebenfalls zur Förderung des funktionsfähigen Wettbewerbs geschaffen wurde und die Lauterkeit im Wettbewerb zwar notwendig, aber nicht hinreichend den Inhalt des funktionsfähigen Wettbewerbs erfaßt, muß § 28 Abs.2 über seinen Wortlaut hinaus die Möglichkeit enthalten, auch Wettbewerbsregeln zur Förderung des funktionsfähigen im Sinne des das Gesamtwohl betreffenden Wettbewerbs zuzulassen. Damit erhielte der Leistungswettbewerb eine eigenständige Begriffsbestimmung.

4.4.1. Der Schutzbereich des lauteren Wettbewerbs

Obgleich sich nach gängiger Meinung das Ziel des UWG von dem des GWB insoweit unterscheidet, als sich das UWG auf den Bereich schützenswerter Individualbelange erstreckt, das GWB dagegen den Wettbewerb als Institution einer ökonomischen und gesellschaftlichen Grundordnung schützt (344), decken sich beide Schutzbereiche im konkreten Fall unlauteren Geschäftsgebarens, weil gesamtwirtschaftliche unerträgliche Wettbewerbsformen immer auch zugleich schützenswerte Individualbelange verletzen (345). Schwierigkeiten ergeben sich allerdings bei

343. R.SACK, Die Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. GWB..., S.155; BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm.71 ff.
344. BAUMBACH-HEFERMEHL, a.a.O., Anm.81.
345. F.-J.SÄCKER, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme..., S.54.

dem Versuch, den lauteren Wettbewerb positiv dahingehend zu definieren, daß ein eigenständiger Begriffsinhalt gebildet wird, der den lauteren Wettbewerb in konstruktiver Definition vom funktionsfähigen im Sinne eines gesamtwirtschaftlich orientierten Wettbewerbs abgrenzt. Eine derartige Begriffsbestimmung ist in der damit befaßten Literatur selten zu finden (346), denn im Unterschied zum Begriff der Unlauterkeit im Sinne von Sittenwidrigkeit, worauf in der Rechtsprechung und Literatur langjährig zurückgegriffen wurde, erhebt eine positive Lauterkeitsdefinition den Anspruch, bestimmend dafür zu gelten, was im Wettbewerb erlaubt und sittengemäß ist. Damit wird die Forderung nach den Voraussetzungen impliziert, die einen wirksamen Wettbewerb bedingen. Nach HEFERMEHL (347) gilt dies als sozialrechtliches Ziel des Wettbewerbs, in dem er das Recht des einzelnen Wettbewerbers auf freie wirtschaftliche Betätigung verwirklicht sieht. Wettbewerbsfreiheit kann allerdings mangels realistischer Begründbarkeit nicht als Legitimation zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs gelten.

Als Ergebnis ist mithin festzuhalten, daß eine positive Begriffsbestimmung lauteren Wettbewerbs nur möglich ist im Sinne des funktionsfähigen Wettbewerbs, so daß zumindest Wettbewerbsregeln zur Förderung des lauteren Wettbewerbs über die Grenzen des UWG in die Richtung des Leistungswettbewerbs hinausgehen (348).

4.4.2. § 28 Abs.2 2.Alternative zur Förderung lauteren im Sinne funktionsfähigen Wettbewerbs

Um den Anwendungsbereich des lauteren Wettbewerbs in der genannten Alternative inhaltlich zu begrenzen, sind die Möglichkeiten

346. H.WOLF, Wettbewerbsregeln, S.101 ff., 104, 126, definiert Wettbewerbsregeln der 2.Alternative als Vorbeugungsregeln gegen unlauteres Verhalten.
347. In: BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG, Anm.42.
348. Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, in: Gemeinschaftskommentar S.1195; s.auch B.GRIESBACH, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1962, S.1012 ff.; E.GÜNTHER, Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, in: WuW 1964, S.113.

eines funktionsfähigen Wettbewerbs zu erörtern.

Falls der Konzentrationsgrad der Wirtschaft einerseits und die optimale Unternehmensgröße andererseits dies erfordern, liegt es im Sinne eines funktionsfähigen Wettbewerbs, die Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen im Hinblick auf die Konkurrenzfähigkeit gegenüber marktstarken Großunternehmen zu fördern. Aus internationalen wie nationalen Märkten sind unternehmerische Expansionsbestrebungen zu registrieren, auch wenn sie betriebswirtschaftlich weder notwendig noch besonders geeignet erscheinen. Unabhängig davon, daß sie wirtschaftstheoretisch noch ungeklärt sind, beruhen sie letztendlich auf dem Machtstreben im Wettbewerb. Diese Tatsache darf nicht lediglich dahinstehen, sondern muß ihren wettbewerbspolitischen Stellenwert erhalten.

Die Kartellgesetznovelle, die nicht in der Annahme stagniert, durch größtmöglichen Schutz der Wettbewerbsfreiheit dem wirtschaftlichen Machtphänomen begegnen zu können, sieht als Zentralthema die Begrenzung wettbewerbsgefährdender Machtzusammenballung durch Einführung der Fusionskontrolle vor. Dadurch wird allerdings nicht das Problem inneren Wirtschaftswachstums gelöst. Auch ein rigoroses Kartellverbot würde nicht den Abbau bestehender Marktmacht bewirken; abgesehen davon bliebe es angesichts der vielfältigen direkten und indirekten Einwirkungen auf den Gesetzgeber im Laufe der Entstehung eines Gesetzes Utopie. Damit sich nicht die Interdependenz von Freiheit und Eigentum zu Lasten der Marktschwachen auswirkt, sind korrigierende staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen notwendig.

4.4.3. Ergebnis der systematischen Analyse

§ 28 Abs.2 stellt nur dann einen Ausnahmebereich von § 1 dar, wenn der Schutzzweck des GWB letztlich und ausschließlich in der Sicherung der Wirtschaftsfreiheit gesehen wird. Allerdings ist die Konstruktion des Ausnahmebereichs auch dann nicht sinnvoll begründbar. Wird der Schutzzweck in der Aufrechterhaltung und Förderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne einer gesamtwohlorientierten Zielvorstellung des Wettbewerbs erkannt, dient § 28 Abs.2 demselben Schutzzweck wie § 1.

Wettbewerbsregeln zum Schutze und zur Förderung lauteren Wettbewerbs erfüllen, soweit eine Definition möglich ist, die Zweckbestimmung des Wettbewerbs nicht hinreichend. Gesamtwirtschaftlich unerträgliche Wettbewerbsformen mögen zwar immer auch zugleich schützenswerte Individualbelange verletzen, und damit als unlauter zu bezeichnen sein; eine positive Definition der Lauterkeit ist mit eigenem Begriffsinhalt aber auch kaum möglich, ohne den Begriff des wirksamen im Sinne des funktionsfähigen Wettbewerbs zu Hilfe zu nehmen. Dadurch, daß der Begriff der Lauterkeit in der 2.Alternative des § 28 Abs.2 an seine interpretatorischen Grenzen stößt, erhält der Leistungswettbewerb seine systematische Notwendigkeit.

4.5. Gesamtergebnis nach Anwendung der juristischen Auslegungsmethoden

Der Wortlaut des § 28 Abs.2, die Heranziehung der Gesetzesmaterialien, der systematische Zusammenhang innerhalb des GWB und schließlich dessen Verhältnis zum UWG lassen zumindest in der 2.Alternative der Vorschrift eine Auslegung zu, die den durch § 1 UWG abgesteckten Rahmen dann sprengt, wenn diese Vorschrift justitiabel bleiben soll und die Förderung lauteren Wettbewerbs im Interesse wirksamen Wettbewerbs zu verstehen ist. Unter diesen Terminus fallen auch strukturpolitische Maßnahmen (349).

Angesichts dieses Ergebnisses hätte die Einführung des Begriffs in den Wortlaut des Gesetzes durch die Bezugnahme auf beide Alternativen des § 28 Abs.2 nur noch eine klärende Funktion, die alle bisherigen Auslegungsschwierigkeiten beseitigt. Diese sind anscheinend dadurch entstanden, daß aus Furcht vor allzu großer Machtentfaltung der Wirtschaftsverbände, die durch Aufstellung entsprechender Regeln auf das Wirtschaftsgeschehen lenkend Einfluß nehmen könnten, der Auslegungsspielraum des § 28 Abs.2 durch den Lauterkeitsbegriff im Sinne des UWG be-

349. So auch E.GÜNTHER, Schwerpunkte der Wettbewerbspolitik, in: Wettbewerbs Information, 1969, Nr.11, S.6, mit dem Hinweis, daß das Bundeskartellamt die Weiterentwicklung der Wettbewerbsregeln im Hinblick auf die Förderung des Leistungswettbewerbs weiterbetreiben werde.

grenzt wurde.

Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob diese Gefahr begründet ist und welche rechtspolitischen Bedenken der Einführung des Leistungswettbewerbs entgegenstehen. Erst im Anschluß daran kann die beabsichtigte Novellierung adäquat beurteilt werden.

5. Rechtspolitisch-teleologische Beurteilung

Die Gefahr der Novellierung des § 28 Abs.2 durch Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs besteht darin, daß die Wirtschaft entsprechend der Auffassung der Wirtschaftsverbände im Hinblick auf einen ihren Interessen entsprechenden funktionsfähigen Wettbewerb strukturiert wird, der diejenigen Verhaltensweisen ausschließt, die als übermäßige Verschärfung des Wettbewerbs von ihnen mißbilligt werden. Die Gefahr besteht deshalb, weil kein stringentes wettbewerbspolitisches Konzept besteht, nach dem Wettbewerbsregeln zuzulassen sind. Von daher besteht die Möglichkeit, daß Vereinbarungen genehmigt werden, die a la longue eine Lähmung des Wettbewerbs bedeuten.

Die Bedenken gegen eine gesetzlich zugelassene Wettbewerbskontrolle durch Spitzenverbände der Wirtschaft sind nicht unbegründet, wie die seit Jahren bestehenden Versuche, insbesondere durch den BDI, beweisen. Dabei wird in Form von erarbeiteten Inhaltsvorschlägen für Wettbewerbsregeln eine weitere Freigabe des Wettbewerbs aus der staatlichen Kontrolle an die Selbstordnungsmechanismen der Wirtschaft zu erwirken versucht. Die Spitzenverbände der Wirtschaft haben sich gar nicht erst darum bemüht, durch Aufstellung konkreter Wettbewerbsregeln den Auslegungsspielraum der Vorschrift zu erfahren, sondern waren von vornherein durch Bildung von ihrer Meinung nach regelungsbedürftigen Fallgruppen bestrebt, den Beurteilungsmaßstab abzustecken, der ihren Vorstellungen entsprechend an Wettbewerbsregeln anzulegen ist. Ziel dieses Vorgehens war allein die Durchsetzung eigener Interessen, was exemplarisch belegt wird.

Die Beispiele bestätigen allerdings nur die theoretische Überlegung, wonach Verbandsinteressen niemals das wirtschaftliche Gesamtinteresse als eigene Zielvorstellung verfolgen, sondern

ausschließlich eigene verbandsspezifische Interessen repräsentieren. Dies ist von der Definition des Verbandes als organisierter Interessenvertretung her sogar legitim (350). Dazu steht jedoch der von den Verbänden geltend gemachte Anspruch in Widerspruch, wettbewerbsfördernde Vereinbarungen zu treffen, die gerade die beste Bedarfsbefriedigung aller zum Ziel haben sollen (351).

Die Erstellung einer Entscheidung, die, soweit dies möglich ist, dem Allgemeinwohl gerecht wird, findet nicht in den Dachorganisationen der Wirtschaft statt. Maßnahmen zugunsten eines allgemein funktionsfähigen Wettbewerbs erfordern nämlich den Ausgleich zwischen den vorgebrachten Ansprüchen organisierter Interessengruppen sowie die Berücksichtigung legitimer Ansprüche nicht organisierter Bevölkerungsgruppen. Dementsprechend wird etwa der BDI versuchen, Steuerungsmechanismen des Wettbewerbs auszuschalten, die die Verbraucherverbände gerade aufrechterhalten wollen. Zu denken ist dabei an die mannigfachen Versuche, durch Festschreibung betreffender Verhaltensweisen den Preiswettbewerb zu entschärfen, an eben dessen Erhaltung den Verbrauchern gelegen ist.

Deshalb sollten nur von den staatlichen Gremien wirtschaftspolitische Maßnahmen getroffen werden, bei denen am ehesten in entscheidungsgerechten Verfahren die hohe Komplexität der Lebensbereiche bewältigt werden kann (352). Folglich obliegt die Aufgabe der Wirtschaftslenkung, wozu es gehört, optimale Wettbewerbsbedingungen und -ergebnisse zu schaffen, den dafür eingerichteten staatlichen Kompetenzen.

Welche Konsequenzen einträten, wenn die Wirtschaftslenkung durch Aufstellung von Wettbewerbsregeln, die über die Grenzen des Lauterkeitsbereichs hinausgehen, den Wirtschaftsverbänden und damit im Grunde der Dominanz der Dachverbände für Handel und Industrie überlassen würde, ist anhand vorgeschlagener Fallgruppen plastisch zu machen.

---

350. L.A.VERSTEYL, Der Einfluß der Verbände auf die Gesetzgebung, S.188.
351. N.LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, S.174 ff., S.199 f.
352. Vgl. H.OEHLER, Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik, S.60, der scheinbar die normbildende Funktion von Wettbewerbsregeln zugunsten eines am Allgemeinwohl ausgerichteten Verhaltens der Unternehmer versteht.

5.1. Vorgeschlagene Regeltypologie zur freiwilligen Selbstordnung der Wirtschaft

Ein vom BDI und Rat des Handels aufgestellter Kodex zur Regelung des Wohlverhaltens im Wettbewerb (353) erfaßt im wesentlichen die Fallgruppen, die von den Spitzenverbänden der Wirtschaft seit langem als in den Bereich des Leistungswettbewerbs fallende und in Wettbewerbsregeln aufzunehmende Tatbestände diskutiert werden (354) und scheinbar für die Wirtschaft von allgemeiner Bedeutung sind.

Als allgemeine Grundsätze sollen gelten:

— Förderung des Leistungswettbewerbs;

— Leistungsbezogener Preiswettbewerb, d.h. Verbot von Vernichtungs- oder Lockvogelunterbietung;

— Diskriminierungsverbot;

— Lautere und faire Werbung und Organisation;

— Optimale Funktionsausgliederung und -koordination;

— Vertikale Kooperation;

— Qualitätsbewußtsein;

— Qualitätskontrolle;

Die wichtigsten Einzelfälle einer Vielzahl genannter Beispiele sind:

— Preislistenwahrheit;

— Lockvogelangebote: Verbot von Verkäufen unter Selbstkosten, um den Absatz anderer Waren eines Sortiments zu erhöhen.

Bei diesem Kodex handelt es sich um Wettbewerbsregeln, da er von zwei Wirtschaftsvereinigungen, dem BDI und dem Markenverband

353. Verhaltenskodex Industrie/Handel in der Entwurfsfassung des BDI vom Januar 1973.
354. Vgl. W.BENISCH, Schutz des Leistungswettbewerbs, hrsg. vom BDI, Abteilung Wettbewerbsordnung, Drucksache Nr. 77, S.17 ff.

aufgestellt wurde (355). Er soll die Grundlage für branchenspezifische Wettbewerbsregeln bilden, so daß Handel und Industrie ihre Geschäftsusancen den Vorstellungen ihrer Spitzenverbände entsprechend gestalten. Als Primärbegründung für die Formulierung des Kodex wird die zunehmende Verschärfung des Wettbewerbs genannt, die die Selbstreinigung der Wirtschaft durch Befolgung des Verhaltenskodex erfordere (356).

Bereits in der Formulierung der Präambel wird die Intention deutlich, die mit Aufstellung des Kodex verfolgt wird: Der Wettbewerb soll nicht noch intensiver gestaltet werden, so daß er seiner ursprünglichen Vorstellung vom Konkurrenzkampf entspräche, sondern soll abgeschwächt und dadurch für die Wettbewerbsteilnehmer überschaubar und transparent werden. In der Durchsetzung derartiger Zielvorstellungen wird der Wettbewerb allerdings in sich aufgehoben, da ihm Charakteristika wie Preis- und Leistungskampf genommen werden.

Zum Verständnis des Kodex erscheint es angebracht, die entsprechenden Vorarbeiten seines Verfassers ARNO SÖLTER heranzuziehen, der sich bereits seit einigen Jahren mit dessen Abfassung beschäftigt. In einer Zusammenfassung seiner Überlegungen zu diesem Thema (357) weist er mit Formulierungen wie "Verwilderungen des Wettbewerbs" und "Preis- und Konditionenwirrwarr" darauf hin (358), daß der verschärfte Wettbewerb, der in der Zeit des wirtschaftlichen Wiederaufbaus noch zu akzeptieren war, unsere Marktwirtschaft in Gefahr brächte. Er vermißt den "echten Leistungswettbewerb" (359), dessen Verständnis allerdings ungeklärt bleibt. Gemäß seiner Zielvorstellung müsse der Wettbewerb so geordnet werden, daß die Wirtschaftsstruktur wie auch die Verhaltensweisen "optimal" bleiben (360).

---

355. MÜLLER/GRIES/GIESSLER, Komm.z.GWB, § 28 Rdn.8; ständige Praxis des Bundeskartellamtes, vgl. z.B. WuW/E BKartA 609, 610.
356. Präambel S.1/2.
357. A.SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, S.193 ff.
358. Derselbe, a.a.O., S.196.
359. Derselbe, ebenda; s. dazu K.-E.SCHULZ, Zur Frage eines wirtschaftspolitisch praktikablen Wettbewerbskonzepts, Wirtschaftswissenschaftliche Diss., S.38 ff., 38/39.
360. Derselbe, ebenda.

Die Inkonsequenz seiner Ausführungen beweist sich darin, daß er einerseits gegen den Freiheitsanspruch der Neoliberalen argumentiert (361), andererseits aber dafür votiert, daß das "weite Gebiet der ordnungsrelevanten Marktpraktiken den Marktteilnehmern selbst überlassen bleibe" (362).

SÖLTER erkennt richtig, daß Wettbewerbsfreiheit nicht absolut geschützt werden kann, sondern sozialen Bindungen unterliegt (363), die allerdings nicht durch Gesetze hergestellt werden sollen, sondern durch Einsicht und Bewußtseinsänderung der Marktteilnehmer (364).

Unter Berücksichtigung dieser in sich widersprüchlichen Argumentation stellt sich der Verhaltenskodex als ein Wettbewerbsinstrumentarium dar, mit dem sich die Wirtschaftsverbände einen gesetzlich gesicherten Freiraum schaffen wollen, um den Wettbewerb selbstlenkend zu beherrschen. Weil sie sich dabei in dem Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsfreiheit und Ordnungsdenken bewegen, gelingt es ihnen nicht, ihr Bestreben in entsprechender Argumentation wissenschaftstheoretisch abzusichern.

Da die Verhaltensregeln sich zum Teil inhaltlich decken und darüberhinaus in der Gruppierung oft unverständlich sind, sollen sie, soweit sie korrespondieren, für die folgende Besprechung unter einheitlichen Gesichtspunkten zusammengefaßt werden.

Es ergeben sich im wesentlichen folgende Fallgruppen, die einer früheren Aufstellung von BENISCH und den, abgesehen von branchentypischen Anliegen, überwiegend in Wettbewerbsregeln für normierungsbedürftig gehaltenen wettbewerblichen Verhaltensweisen (365) entsprechen:

---

361. Derselbe, ebenda.
362. Derselbe, ebenda.
363. Derselbe, a.a.O., S.197.
364. Derselbe, a.a.O., S.200.
365. W.BENISCH, Schutz des Leistungswettbewerbs, S.15-17; und s. Anhang.

— Leistungsbezogener Preiswettbewerb;

— Grundsatz der Nichtdiskriminierung;

— Lautere und faire Werbung.

In der Aufstellung von BENISCH fehlen die im Verhaltenskodex aufgeführten Kooperationsmöglichkeiten, die wohl in Ansehung der Diskussion um die Kartellgesetznovelle eingefügt wurden. Dagegen enthält die Aufstellung bei BENISCH Tatbestände, die eindeutig dem Unlauterkeitsbereich zugeordnet werden können, wie "Täuschung der Geschäftspartner und Mitbewerber" oder "Werbung durch unrichtige und irreführende Angaben". Diesbezügliche Regeln entsprechen nach einhelliger Meinung dem Sinngehalt des geltenden § 28 Abs.2 und sind deshalb als lauterkeitsbezogene Vereinbarungen zuzulassen.

Bedenken erheben sich allerdings gegen die oben genannten drei Kategorien sowie gegen die Kooperationsmöglichkeiten, die bislang nur unter bestimmten Voraussetzungen genehmigt wurden und nicht ohne einen lauterkeitsspezifischen Zusatz. In Anbetracht der Gesetzesnovellierung soll deren Genehmigung im Hinblick auf die Förderung des Leistungswettbewerbs grundsätzlich möglich werden. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die zur Entschärfung des Preis- und Qualitätswettbewerbs führen. Es wird mithin im einzelnen zu prüfen sein, ob derartige Regeln, die bisher nicht in uneingeschränkter Form als Wettbewerbsregeln zugelassen wurden, durch Einführung des Leistungswettbewerbs als solche möglich sind. Sie müßten dann einem im hier vertretenen Sinne funktionsfähigen bzw. wirksamen Wettbewerb dienen.

5.1.1. Leistungsbezogener Preiswettbewerb

Damit sind im wesentlichen folgende Problemkreise angesprochen:

— Verkauf unter Selbstkosten;

— Lockvogelangebote;

— Vernichtungswettbewerb;

— Preisklarheit und -wahrheit.

Es soll mithin untersucht werden, inwieweit durch Verbot bzw. durch Beachtung derartiger Verhaltensweisen die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs geschützt oder gefördert wird.

5.1.1.1. Verkauf unter Selbstkosten

Nach Ansicht mehrerer Wirtschaftsverbände, die die Eintragung einer entsprechenden Wettbewerbsregel beantragt haben, stellt der Verkauf unter Selbstkosten einen Verstoß gegen den Leistungswettbewerb dar (366). Nach mehrfachen Entscheidungen des Bundeskartellamtes widerspricht diese Art des Verkaufs unter bestimmten Voraussetzungen dem Grundsatz des lauteren Wettbewerbs (367). Die Voraussetzungen sind gekennzeichnet durch die subjektive Motivation der Sittenwidrigkeit, durch rücksichtsloses und planmäßiges Vorgehen (368). Ist der Verkauf unter Selbstkosten nicht nach Beweggrund, Mittel und Zweck eindeutig negativ zu werten, gehört er in der marktwirtschaftlichen Ordnung zu den zulässigen Mitteln eines freien, unternehmerischen Wettbewerbs und ist daher grundsätzlich nicht verboten (369). Der Verkauf unter Selbstkosten zu Vernichtungszwecken fällt zweifellos in den Bereich unlauteren Wettbewerbs, der als unerlaubte Verhaltensweise eindeutig dem Verbot des § 1 UWG untersteht. Zur Kategorisierung einer dementsprechend gefaßten Wettbewerbsregel ist die Heranziehung des Leistungswettbewerbs nicht erforderlich.

---

366. WuW/E BKartA 96; WuW/E BKartA 586; WuW/E BKartA 813; WuW/E BKartA 902; WuW/E BKartA 1090; WuW/E BKartA 1117; vgl. S.TSCHIERSKY, Zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.Juli 1929 - Benrather Benzinkampf -, in: KR 1930, S.255 ff., S.259, nach dessen Ansicht Preisunterbietung unter Selbstkosten kein echter Leistungswettbewerb, sondern Behinderungswettbewerb ist; ebenso H.BECHER, Preisschleudern unter Selbstkosten als Wettbewerbsverstoß, in: BB 1953, S.279 ff., S.298 : Preiswettbewerb verstoße gegen das fundamentale Wesen des Wirtschaftens; vgl. auch A.SPENGLER, Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln, S.17/18 und s. Wettbewerbsregeln im Anhang.
367. Z.B. WuW/E BKartA 593; WuW/E BKartA 906; WuW/E BKartA 1120.
368. WuW/E BKartA 586 (593); WuW/E BKartA 813 (816).
369. WuW/E BKartA 906.

Nach Auffassung des BDI soll der Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln allerdings weiter gesteckt sein. Seines Erachtens verletzt derjenige die Regel, der Markenartikel lediglich zu Werbezwecken unter seinen Selbstkosten verkauft, um den Absatz anderer Waren seines Sortiments zu fördern und dadurch eine fremde Leistung in der Absicht ausnutzt, sich einen ungerechtfertigten Vorsprung vor seinen Mitbewerbern zu verschaffen. Damit gefährdet er den leistungsgerechten Wettbewerb und das Wohl der Allgemeinheit (370).

Dem ist entgegenzuhalten, daß der ebenso anspruchsvolle wie schwer definierbare Begriff des Allgemeinwohls (371) allenfalls erst dann gefährdet ist, wenn Waren unter Selbstkosten angeboten werden und hinzukommt, daß die angebotene Menge im Verhältnis zur Nachfrage völlig unzureichend ist (372). In der vorgesehenen Formulierung erfaßt die Verhaltensregel den Bereich erlaubter unternehmerischer Mischkalkulation, ohne Abgrenzungskriterien zu wettbewerbsgefährdenden Praktiken zu liefern. Entsprechend den Ausführungen SKIBAS (373) widerspricht eine derartige wettbewerbspolitische Beurteilung der Kostenkalkulation in der Mehrproduktunternehmung betriebswirtschaftlicher Preiskalkulation unter Berücksichtigung der Steuerungs- sowie der Antriebsfunktion des Wettbewerbs.

In Anbetracht dessen, daß sich bei Wettbewerb die Preise durch Interaktionen von Anbietern und Nachfragern und nicht durch einseitige Addition bilden und sich Wettbewerb nicht nur als Preiswettbewerb, sondern auch als Kostenwettbewerb gestaltet, stellen Kosten einen Aktionsparameter der Unternehmung dar. Wettbewerb verliert seine Funktion als ein System von Leistungsanreizen, in dem die gegenseitige Preisunterbietung als Stimulans wirkt, wenn ein prinzipielles Unterselbstkostenverbot durchgesetzt würde (374). Die Funktionsmäßigkeit des Wettbewerbs wird durch ein

---

370. Verhaltenskodex, S.6, II Nr.2.
371. K.MOLLMANN, Der Mythos vom Gemeinwohl. Zur Kritik der politisch-klerikalen Sozial- und Staatssoziologie, S.52, 55,
372. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG, Anm.227, § 3 UWG, Anm.129.
373. G.SKIBA, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Bd.20 der Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, S.66-69.
374. Derselbe, a.a.O., S.120 und 129.

derartiges Verbot mithin gerade nicht gefördert, sondern gelähmt.

Die weiteren wettbewerbspolitischen Konsequenzen des vorgeschlagenen Verbotes werden anhand des folgenden Beispiels deutlich: kalkulieren kleinere Händler einen Einstandspreis für eine Ware niedriger als ihre marktstarke Konkurrenz, da ihnen aufgrund ihrer schwächeren Position andere Konditionen eingeräumt werden - eine ebenfalls zulässige Verhaltensweise, wie noch zu zeigen sein wird -, so würde dies als Preisschleuderei verboten. Um wettbewerbsfähig zu werden, bleibt ihnen dabei gar nichts anderes übrig. Werden sie auf die höheren Preise der Konkurrenz festgelegt, verliert der Wettbewerb für sie seine Funktionsfähigkeit, da sie in dem Kampf um eine günstige Marktposition ausgeschaltet wären. Der gleiche Effekt träte bei der Festlegung auf den niedrigsten Einstandspreis ein. Die Durchsetzung des Verbots des Unterselbstkostenverkaufs würde somit wettbewerbsstagnierende Konsequenzen haben.

In Anbetracht dieser wirtschaftswissenschaftlichen Analyse, die mit wiederholt geäußerten Stellungnahmen des Bundeskartellamtes konform geht, ist der Verkauf unter Selbstkosten ohne sittenwidrige Motivation, die zum Vernichtungswettbewerb führt, nicht mit Unwerturteilen zu versehen. Beim Hinzutreten negativer subjektiver Zielvorstellungen reicht der Begriff des unlauteren Wettbewerbs als Beurteilungsmaßstab für die Wettbewerbsadäquanz im Einzelfall aus. Für den Verkauf unter Selbstkosten gibt der Begriff des leistungsgerechten Wettbewerbs als Wettbewerblichkeitsmesser nichts her.

5.1.1.2. Lockvogelangebote

Das Unterbinden irreführender Werbung z.B. mit Preisen, die nicht mit den Grundsätzen von Preiswahrheit und Preisklarheit übereinstimmen, oder mit täuschenden Angaben über den Typ oder die Beschaffenheit eines Produkts oder über den besonderen Lieferumfang wurde in den bisher vom Bundeskartellamt entschiedenen Fällen im Hinblick auf die Durchsetzung und Erhaltung lauteren Verhaltens im Wettbewerb geprüft und unter der Voraussetzung

anerkannt, daß Waren, die mit einem erheblichen Preisnachlaß angeboten werden, nicht oder nur in einer im Verhältnis zur Nachfrage unzureichenden Menge vorhanden sind. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, und würde ausschließlich der Begriffsverwirrung dienen, diese Fälle von jetzt ab als dem Grundsatz der Leistungsgerechtigkeit im Wettbewerb ent- bzw. widersprechend zu deklarieren. Lockvogelangebote, die lediglich Waren zu stark herabgesetzten Preisen offerieren, führen zwar zu harten Machtkämpfen, intensivieren aber dadurch gerade den Preiswettbewerb. Eine derartige Entwicklung war kürzlich auf dem Kaffeemarkt zu beobachten (375).

5.1.1.3. Vernichtungswettbewerb

Mit dieser auch als "gezielte", "planmäßige", "systematische" Preisunterbietung, Vernichtungsunterbietung oder Schädigungspreiskampf bezeichneten mißbräuchlichen Verhaltensweise im Wettbewerb beabsichtigt ein Wettbewerbsteilnehmer, bewußt einen oder mehrere Anbieter aus dem Markt zu drängen, zu vernichten oder seinem Willen gefügig zu machen, "um sodann freie Bahn für den eigenen Absatz zu haben und den Preis künftig allein zu bestimmen" (376). Als gesetzliche Grundlage für die Aufstellung einer derartigen Verbotsregel wurde bisher § 1 UWG herangezogen. Sie wurde vom Bundeskartellamt mit der Einschränkung zugelassen, daß das Vorgehen nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig angesehen werden muß (377). Die Entscheidungskriterien richten sich nach den im Tankstellenurteil des Reichsgerichts (378) herausgearbeiteten Gesichtspunkten, die sich an dem Zweck orientieren, den Mitbewerber zu verdrängen oder ihn zur Preisgefolgschaft zu zwingen (379).

---

375. FAZ Nr.71 vom 24.März 1973, S.19: Sonderangebote für Röstkaffee.
376. Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG, Anm.222; H.G.van DAM, Preisunterbietung als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb, S.29.
377. So z.B. folgende Regeln: Regel § 3 Ziff.2 des Wettbewerbskodex des Deutschen Kohleneinzelhandels; Regel III Ziff.2 des Wettbewerbskodex des Fachverbandes der Schälmühlenindustrie, WuW/E BKartA 97, Fußn.2 und WuW/E BKartA 903; Regel § 2 Ziff.1 a) des Wettbewerbskodex des Verbandes der Flüssiggasgroßvertriebe, WuW/E BKartA 874 und s.z.B. Wettbewerbsregel des Fachverbandes Chemigraphie, Regel 5 im Anhang.
378. RGZE 134, S.342.
379. Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG, Anm.222.

Um eine Beeinträchtigung des funktionsfähigen im Sinne des leistungsgerechten Wettbewerbs beurteilen zu können, müßte auf die Wirkungsweise eines als Vernichtungswettbewerb zu verbietenden Verhaltens abgestellt werden, die die Objektivierbarkeit subjektiver Beweggründe verlangt. Dies ist allerdings schlechthin unmöglich, da es zum legitimen Vorgehen im Wettbewerb gehört, Konkurrenten zu unterbieten, um damit eine Alternative des Hauptleistungswettbewerbs, den Preiswettbewerb, aufrechtzuerhalten. Oft genug wird bedauert, daß der Preiswettbewerb ausgeschaltet ist, insbesondere auf engen oligopolitisch strukturierten Märkten, so daß zur wohlwollenden Feststellung noch bestehenden Wettbewerbs auf Nebenleistungsgebiete wie Servicewettbewerb und dergleichen zurückgegriffen wird.

Es stellt sich mithin die Frage, an welchen objektiven Erscheinungsformen der Vernichtungspreiskampf vom erlaubten Wettbewerb unterschieden werden soll. Falls dies überhaupt möglich ist, wären dazu Langzeitverhaltenstests erforderlich, die die Justitiabilität einer Vorschrift sehr erschweren. Als Begründung zur Einführung dieser Wettbewerbsregel wird auf das Machtgefälle zwischen Großunternehmen und kleineren und mittleren verwiesen, wogegen den schwachen Marktpartnern Abwehrinstrumente gegen den Machtmißbrauch der starken Wettbewerbsteilnehmer zustehen müßten

Trotz der zutreffenden Annahme, daß Vernichtungsmaßnahmen vorwiegend zwischen ungleichen Partnern als Ausfluß ihrer starken Marktstellung zu erwarten sind, erscheint eine diesbezügliche Wettbewerbsregel wegen der genannten Bedenken nicht als das geeignete Mittel, strukturelle Wettbewerbsmängel zu beseitigen (380).

Mangels konkreter Eingriffsvoraussetzungen, die Wirksamkeitsbeschränkungen im Wettbewerb zu objektivieren, werden die Fälle des Vernichtungswettbewerbs weiterhin dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs im Sinne des § 1 UWG zugeordnet.

---

380. Vgl. H.OEHLER, Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik, S.154/155.

5.1.1.4. Preisklarheit und -wahrheit in Verbindung mit dem Grundsatz ordnungsgemäßer und vernünftiger Kalkulation

Ausgehend von dem Grundsatz, daß zu einem lauteren Wettbewerb eine wahre und klare Preisgestaltung gehört (381), wird in Wettbewerbsregeln oftmals die Forderung nach Preisklarheit und -wahrheit erhoben, die in den Beschlüssen des Bundeskartellamtes als zulässig anerkannt wird (382). Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung bestätigt (383). Der Grundsatz wird dort aufgestellt, wo Preisverzeichnisse, Preislisten und Preisauszeichnungen im Geschäftsverkehr angewandt werden (384) und Preisangaben in der Werbung erscheinen (385).

Mit der Durchsetzung dieses Grundsatzes soll die sogenannte Preislistentreue erreicht werden. Dadurch soll verhindert werden, daß Abnehmer durch falsche Deklarierung von Angeboten getäuscht werden. Die Täuschung wirkt sich auch dergestalt auf die Konkurrenten aus, daß sie der angeblichen Markttransparenz falsche Orientierungsdaten entnehmen, wenn der tatsächliche Preis dem in der Preisliste angegebenen widerspricht.

Der Grundsatz bezieht sich auf die Kenntlichmachung von Preisen und damit auf die äußere Preisgestaltung, indessen nicht auf die Preisermittlung und -bestimmung. Insofern wären gegen eine entsprechende singuläre Wettbewerbsregel keine Bedenken zu erheben. Das Gebot wird allerdings weitgehend verbunden mit denen ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung, ordnungsgemäßer und vernünftiger Kalkulation, dem Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten sowie dem Verbot gezielter Preisunterbietung (386).

---

381. Bundesgerichtshof, in: WuW/E BGH 39 - Werbeauftrag -
382. In WuW/E BKartA 99 spricht das Bundeskartellamt von einem wettbewerbsrechtlich anerkannten Grundsatz; und s. Anhang.
383. Bundesgerichtshof, in: WuW/E BGH 779 - Bauindustrie -
384. Vgl. Bundesgerichtshof, WuW/E BGHZ 39; OLG Oldenburg, in: WuW/E OLG 137; OLG Saarbrücken, WuW/E OLG 430.
385. Vgl. die umfangreiche Rechtsprechung zu Preisangaben in der Werbung bei BAUMBACH-HEFERMEHL, § 3 UWG, Anm.127-144.
386. Vgl. Wettbewerbskodex des Deutschen Kohleneinzelhandels, WuW/E BKartA 97, Fußn.2; und s. Anhang.

Innerhalb dieses Kontextes ergeben sich für die wettbewerbspolitische Beurteilung der Forderung nach Preisklarheit und -wahrheit entschieden andere Konsequenzen als bei isolierter Betrachtung der Regel. In diesem Zusammenhang beziehen sich Preisklarheit und -wahrheit nicht mehr nur auf die Preisgestaltung, sondern auf die Preisermittlung und damit auf die Preishöhe.

Im Rahmen des Abschnittes "Verkauf unter Selbstkosten" wurde bereits erörtert, daß Preise im Wettbewerb nicht durch Kostenaddition zustandekommen, weil eine derartige Preiskalkulation dem Wettbewerb als kompetitivem Leistungsanreizsystem nicht immanent ist, sondern daß Preiswettbewerb auch Kostenwettbewerb bedeutet. Werden der Preiskalkulation Beurteilungsmaßstäbe wie ordnungsgemäße Kalkulation und Wirtschaftsführung angelegt, so werden dem Wettbewerb damit an elastischen Reaktionspunkten Fixwerte impliziert, die insbesondere in wenig wettbewerbsintensiven Branchen eine Festschreibung des Preiswettbewerbs zur Folge haben. Das Wissen der Wettbewerbsteilnehmer auf einem Markt darüber, daß der Ersatz der Stückkosten, der im Wege von Kalkulationsrichtlinien zur näheren Ausgestaltung der Wettbewerbsregeln vom Verband oder der Innung vorkalkuliert und unter Berücksichtigung branchenüblicher Kostenansätze von allen angestrebt wird, führt zu einer Minderung des Strebens nach Kostensenkung und damit zu einer Minderung des Wettbewerbs.

Die Forderung nach ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung wird in der Weise erfüllt, daß die betrieblichen Verpflichtungen eingehalten werden (387). Als Voraussetzung dessen wird eine "ordnungsgemäße Preisbemessung" für erforderlich gehalten, die Preisunterbietung in Form von Schleuderpreisen ausschaltet. Dadurch wird eine bestimmte Niedrigpreisgrenze impliziert, deren Unterschreiten die ordnungsgemäße Wirtschaftsführung in Frage stellt. Um dieser Forderung in angemessener Weise nachkommen zu können, werden den Unternehmern Kalkulationsrichtlinien an die Hand gegeben, die eine kostengerechte Preisbe-

387. Bundeskartellamt, in: WuW/E BKartA 307 und in: WuW/E BKartA 590.

messung auf dem Boden ordnungsgemäßer Kalkulation ermöglichen. Ordnungsgemäß bedeutet "im Sinne anerkannter betriebswirtschaftlicher Grundsätze" (388).

Das Bundeskartellamt hält eine derartig kombinierte Wettbewerbsregel für gesetzeskonform, weil es davon positive Auswirkungen auf den Preiswettbewerb erwartet (389). "Die allgemeine Kalkulationspflicht in einer Branche könnte dazu beitragen, bestimmte wettbewerbsrechtlich unzulässige Formen des Preiswettbewerbs im Interesse aller Beteiligten besser zu erkennen, zu verhindern und damit einem den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken"(390). Es hat allerdings den Anschein, daß das Bundeskartellamt mit dieser Argumentation seine eigene Zielsetzung aus den Augen verloren hat und im Interesse rudimentärer Lauterkeitsvorstellungen auf die Effektivität des Preiswettbewerbs verzichtet. Demgegenüber hat das Kammergericht entschieden, die Regel greife in die allgemeine unternehmerische Freiheit unverhältnismäßig stark ein und sei geeignet, den Preiswettbewerb zu beschränken, ohne eindeutig unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken (391). Der Bundesgerichtshof schloß sich dieser Beurteilung an, weil die mit der Wettbewerbsregel zu verwirklichende kostendeckende Preisgestaltung zur Erstarrung des Preisgefüges führe (392).

Angesichts differenzierter Kalkulationsschemata, die insbesondere von Handwerksverbänden zur Schulung der Handwerksmeister aufgestellt werden, und um der Forderung nach ordnungsgemäßer Kalkulation gerecht zu werden, alle Kostenfaktoren einschließlich Unternehmerlohn und Risikofaktor vorausberechnen, werden vorwiegend kleinere Unternehmen kaum eigene Preiskalkulationen anstellen, sondern im Vertrauen auf die kostendeckende Vorausberechnung diese jedenfalls als Niedrigpreisgrenze ansehen.

---

388. Bundeskartellamt, in: WuW/E BKartA 306 und in: WuW/E BKartA 613.
389. Bundeskartellamt, in: WuW/E BKartA 613.
390. Bundeskartellamt, in: WuW/E BKartA 613.
391. Kammergericht, in: WuW/E OLG 756 - Bauindustrie -
392. Bundesgerichtshof, in: WuW/E BGH 770-776 - Bauindustrie -

Wird somit die ethisch anspruchsvolle Forderung nach Preisklarheit und -wahrheit im Kontext ihrer Ausfüllungsbestimmungen betrachtet, so erkennt man ein durch verschiedene Grundsätze verankertes und dadurch fest verstrebtes System von Ordnungsvorstellungen, die den Preiswettbewerb festschreiben. Dadurch wird eine Wettbewerbspolitik initiiert, die die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht fördert, sondern im Hinblick auf den Preiswettbewerb, Korrelat der Antriebs- und Steuerungsfunktion, zum Stillstand bringt.

5.1.2. Preisdiskriminierung

Als Tatbestand, der eine Verletzung des Leistungswettbewerbs darstellt und deshalb von führenden Wirtschaftsverbänden als Wettbewerbsregel vorgeschlagen wird, gilt der allgemeine Diskriminierungstatbestand in der speziellen Form des Preiswettbewerbs, der es verbiete, ungleiche Bedingungen auf gleichartige Geschäfte anzuwenden (393). Dabei stellt sich der Tatbestand der Preisdiskriminierung in zweifacher Hinsicht dar, einmal als ökonomisches wettbewerbstheoretisches Problem und darüberhinaus in wettbewerbspolitischer Beurteilung.

Preisdiskriminierung kann sowohl im reinen Monopol als auch beim Oligopol und unvollkommenen Polypol beobachtet werden (394). Nach dem preistheoretischen Konzept gilt das Fordern unterschiedlicher Preise für homogene Güter mit gleichen Kosten als der theoretisch "klassische" Fall, der gemeinhin in der Einproduktunternehmung unter Preisdiskriminierung verstanden wird (395). Ersetzt man die Homogenitätsvoraussetzung durch Produktdifferenzierung, ist dieser Ansatz dahingehend zu variieren (396). Eine Mehrproduktunternehmung betreibt Preis-

393. W.BENISCH, Schutz des Leistungswettbewerbs, S.16 und Verhaltenskodex, S.4; s. z.B. Wettbewerbsregeln des Fachverbandes des Deutschen Tapetenhandels, § 4, im Anhang.
394. Vgl. F.MACHLUP, "Monopol", in: H.d.Sw. Bd.7, S.442.
395. W.KÖHLER, Die Theorie der Preisdiskriminierung in dogmengeschichtlicher Sicht, Diss.rer.pol. 1962.
396. E.GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd.2 S.316; H.und M.JACOB, Preisdifferenzierung bei willkürlicher Teilung des Marktes und ihre Verwirklichung mit Hilfe der Produktdifferenzierung, in: Jb.N.St. Bd.174, S.1 ff.

diskriminierung, wenn die Preisdifferenzen bei verschiedenen Gütern den Kostendifferenzen nicht proportional sind, d.h. wenn der Gewinnaufschlag auf die Kosten bei verschiedenen Gütern prozentual unterschiedlich hoch ist (397).

Die Aufstellung ökonomischer Konzeptionen liefert noch keine Hinweise für den wettbewerbspolitischen Stellenwert des Diskriminierungstatbestandes. Es wird jedoch geklärt, daß Preisdiskriminierung grundsätzlich ein legitimes Mittel unternehmerischer Betätigung darstellt, da sie keine eigenständige Ursache von Wettbewerbsbeschränkungen ist (398). Dieses Problem stellt sich erst in Verbindung mit ökonomischer Macht, die zu preislicher Ungleichbehandlung führt. Der wettbewerbspolitische Aspekt unterscheidet sich vom preistheoretischen darin, daß letzterer einen Kostentest zur Voraussetzung hat, wonach Preisdiskriminierungen auch bei preislicher Gleichbehandlung möglich sind.

Hier interessiert im wesentlichen die wettbewerbspolitische Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Preisunterbietung, wozu anhand verschiedener exemplarischer Wettbewerbssituationen Entscheidungsvoraussetzungen geliefert werden sollen.

Im Anbieterwettbewerb besteht die Möglichkeit räuberischer Preisunterbietung, die in Form eines Preiskampfes abläuft, in dem kleinere Mitbewerber dadurch vom Wettbewerb ausgeschlossen werden sollen, daß eine diversifizierte Unternehmung ein Produkt wesentlich billiger als sein(e) Konkurrent(en) verkauft, da sie dies durch Gewinne auf einem anderen Markt finanziert. Eine andere Möglichkeit wettbewerbsbeschränkender Preisunterbietung besteht darin, Rabatte in unterschiedlicher Höhe trotz gleicher Voraussetzungen zu gewähren (399).

---

397. G.SKIBA, Preisdiskriminierung und Wettbewerb, S.44.
398. E.-J.MESTMÄCKER, Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Probleme der normativen Ökonomik und der wirtschaftspolitischen Beratung, Schr.V.S. N.F. Bd.29, S.318.
399. WuW/E OLG 230 ff.

Im Nachfragewettbewerb stellt sich das Problem der Diskriminierung dann, wenn ein Nachfrager aufgrund besonderer Marktmacht bei einem Anbieter entweder die Abweichung vom Listenpreis, günstigere Rabatte oder andere Konditionen als seine weniger starken Konkurrenten durchsetzt. Preisdiskriminierung eines kleinen oder mittleren Unternehmers stellt dagegen allenfalls eine Abwehrmaßnahme gegen die Marktmacht eines regional bedeutenden Großunternehmers dar.

Angesichts dieser Beispiele scheint sich Preisdiskriminierung als wettbewerbspolitisches Problem dann zu stellen, wenn Marktmacht mißbräuchlich genutzt wird. Dabei erhebt sich die Frage, nach welchen Kriterien legitime Preisdifferenzierung von wettbewerbsbeschränkender Preisdiskriminierung abzugrenzen ist. Das preistheoretische Konzept gibt dafür keine Hinweise, da die Aufstellung bestimmter Kosten-Preis-Relationen grundsätzlich mit keinem wettbewerbspolitischen Unwerturteil belegt werden kann. Ferner ist es dem Wettbewerb als kompetitivem Anreizsystem inhärent, in der Kosten-Preis-Differenz die Chance zur Gewinnmaximierung zu bieten, so daß durch Normativierung der Preise, die proportional den Kosten berechnet werden, der Wettbewerb seine Leistungssteigerungsfunktion in Form kostengünstiger und damit preisgünstiger Produktion einbüßt. Das preistheoretische Konzept ist somit für die wettbewerbspolitische Beurteilung ohne Bedeutung (400). Deshalb kann nicht auf Kosten-Preis-Relationen zurückgegriffen werden, sondern die wettbewerbspolitisch relevante Unterscheidung zwischen legitimer unternehmerischer Preispolitik und wettbewerbsbeschränkender Diskriminierung muß anhand objektiver Erscheinungsformen in Gestalt wettbewerblicher Verhaltens- und Betätigungsweisen vorgenommen werden. Adäquates Eingriffskriterium scheint wie in § 26 Abs.2 eine auf Marktmacht beruhende überragende Marktstellung zu sein, die wettbewerbsgefährdende Praktiken impliziert. Darauf lassen jedenfalls die oben erwähnten Beispiele schließen. Sowohl räuberische Preisdiskriminierung auf der Anbieterseite als auch die ungerechtfertigte Erzwingung von Rabatten oder anderen günstigen Geschäftsbedingungen durch

---

400. G.SKIBA, Preisdiskriminierung..., S.120-129.

mächtige Nachfrager gehören nicht zum legitimen Preiswettbewerb. Unterscheidungskriterien zur erlaubten Gewinnmaximierung ergeben sich jedoch nicht aus dem objektiven Erscheinungsbild, sondern aus dem Diskriminierungszweck, der als Vernichtungsabsicht dem Wettbewerbsverhalten vorgelagert ist. Die Absicht des Diskriminierenden ist nicht in der Diskriminierungshandlung zu erkennen, sondern es müssen noch besondere Umstände hinzutreten, die darauf schließen lassen, daß der Wettbewerber nicht nur normale Gewinnmaximierung betreibt.

Da unzulässige Preisdiskriminierung die Möglichkeit voraussetzt, im Unterschied zu Konkurrenten eigene wettbewerblich nicht gerechtfertigte Zielvorstellungen durchzusetzen, impliziert das Verhalten eine starke Machtposition, beruhend auf einer im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbsteilnehmern unproportional großen Marktmacht. Wenden kleine Unternehmen diskriminierende Wettbewerbsformen an, dann mit dem Ziel, sich gegen starke Konkurrenten durchzusetzen, also aus Selbsterhaltungsgründen und nicht etwa, um andere zu vernichten oder mit einer anderen Zielvorstellung eine eigene Machtposition mißbräuchlich zu nutzen.

Preisdiskriminierungen sind somit unter zwei Voraussetzungen zu verbieten: Zum einen muß aufgrund wettbewerblichen Machtgefälles entweder auf der Anbieter- oder der Nachfrageseite ein Marktvorteil bestehen, der starken Anbietern erlaubt, ihre Konkurrenten zu bedrohen und Großnachfragern, sich unangemessene Vorteile verschaffen zu können. Zum anderen muß die Diskriminierungshandlung getragen sein von einer Wettbewerbszielen fremden Absicht, die primär zur Behinderung anderer Wettbewerbsteilnehmer führt und dabei über zulässige Gewinnmaximierung hinausgeht. Zur Erfassung dieses Tatbestandes reicht die bestehende Regelung des § 26 Abs.2 aus, womit sich die damit begründete Erweiterung des § 28 Abs.2 erübrigt. Der Ersetzung der staatlichen Mißbrauchskontrolle nach dem geltenden Recht durch das Selbstordnungsprinzip der Wirtschaft sind grundsätzliche Einwände entgegenzusetzen, die sich aus der interessenspezifischen Handlungsweise der Wettbewerbsteilnehmer ergibt.

Dementsprechend entschied auch das Bundeskartellamt, nach dessen Ansicht Preisdiskriminierungen nur dort zu verbieten sind, wo ein besonderes und erhöhtes Schutzbedürfnis bestimmter Marktteilnehmer besteht, wenn dieses aus einer besonderen und erhöhten Gefahr mißbräuchlichen Einsatzes von Markt- oder Verbrauchermacht erwächst (401). Im Bereich der Leistungsaustauschverträge kann nach Ansicht des Bundeskartellamtes der Anspruch auf Gleichbehandlung weder auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gestützt noch aus dem Grundsatz der guten Sitten abgeleitet werden. Da, abgesehen von einigen monopolistischen Bereichen im Wirtschaftsleben, nicht der Grundsatz der Gleichbehandlung gelte, umfasse die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens in der Preisbildung auch die Möglichkeit, die eigenen üblichen Preise zugunsten einzelner Abnehmer zu unterschreiten (402).

Preisdiskriminierung ohne die genannten besonderen Voraussetzungen ist somit gerade Ausdruck funktionsmäßigen Wettbewerbs, in dem der Wettbewerb zur Flexibilität der Preise entsprechend der jeweiligen Wettbewerbssituation beiträgt. Leistungsgerechtem Wettbewerb entspricht es somit nicht, ein allgemeines Diskriminierungsverbot zu erlassen. Dabei kann es hier dahingestellt bleiben, ob der Diskriminierungstatbestand des § 26 Abs.2 von marktbeherrschenden auf marktstarke Unternehmen erweitert wird (403).

5.1.3. Diskriminierung als Boykott und Lieferverweigerung

Eine Beeinträchtigung des Preiswettbewerbs kann nicht nur unmittelbar aufgrund gezielten preisdiskriminierenden Verhaltens erfolgen, sondern auch dadurch, daß Abnehmer und Lieferanten zu einer bestimmten Preispolitik durch Errichtung von Liefersperren veranlaßt werden oder daß durch den Aufbau geschlosse-

401. Bundeskartellamt, in: WuW/E BKartA 96 = WuW Heft 2 1960 S.134 ff.; ebenso TätB 1965, VI.Deutscher Bundestag, Drucksache V/530, S.13.
402. TätB 1959, in: Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Berichte des Bundeskartellamtes 1958, 1959, 1960, S.164.
403. I.SCHMIDT, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik...; S.310.

ner Vertriebssysteme mit Hilfe von Liefersperren Zutrittschancen für kostengünstigere Vertriebssysteme errichtet werden (404).

Boykott und Lieferverweigerung werden nach geltendem Recht durch die §§ 25 Abs.1, 26 Abs.1 und 2 erfaßt. Sollten diese Vorschriften einen ausreichenden Schutz des wirksamen Wettbewerbs nicht gewährleisten, wäre es u.U. gerechtfertigt, darüberhinaus Wettbewerbsregeln mit dem Inhalt zuzulassen, der dieses Verhalten verbietet. Wettbewerbsregeln zur Verwirklichung dieser Zielvorstellung wären dem Schutz des Leistungswettbewerbs zuzuordnen.

Vertritt man die Ansicht, der Schutz vor kollektiver Lieferverweigerung gemäß § 26 Abs.1 sei aufgrund mangelnder Praktikabilität der Vorschrift unzureichend, besteht die Möglichkeit, § 1 UWG als Schutznorm heranzuziehen, da der Boykottatbestand als wettbewerbliches Kampfmittel grundsätzlich für sittenwidrig angesehen werden muß (405). BAUMBACH-HEFERMEHL ist dahingehend zuzustimmen, daß derjenige, der den Mitbewerber boykottiert, im Wettbewerb nicht die eigene Leistung, sondern ausschließlich das Mittel der Behinderung einsetzt. Dem Mitbewerber wird es erschwert oder unmöglich gemacht, am Wettbewerb teilzunehmen. Dadurch wird die Wirksamkeit des Wettbewerbs beeinträchtigt. Nur ausnahmsweise ist der Boykott als Abwehrmaßnahme gegen wettbewerbswidriges Verhalten des Boykottierten zulässig (406).

Individuelle Lieferverweigerung tritt im wesentlichen in zwei Fällen auf; einmal zum Zwecke der vertikalen Preisbeeinflussung und zum anderen zur Beschränkung der Vertriebswege, wobei die zweite Alternative ebenfalls zur Preisbeeinflussung führt.

---

404. Vgl. O.SANDROCK, Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtlicher Sicht, in: JuS 1971, S.57 ff.; W.E.PEUKERT, Abschlußverweigerung und Abschlußzwang im Kartellrecht - Eine rechtsvergleichende Studie des amerikanischen, deutschen und französischen Kartellrechts sowie der Kartellvorschriften der Verträge über die Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Diss.jur.; R.BELKE, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht.
405. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG, Anm.378-380.
406. Ebenda, Anm.171-173.

Lieferverweigerung zur unmittelbaren Preisbeeinflussung wird von § 25 Abs.1 erfaßt und verboten. Die Ausübung oder bloße Androhung von wirtschaftlichem, gesellschaftlichem oder sonstigem Druck mit dem Ziel, andere Unternehmen z.B. zur Befolgung einer nichtigen Vertikalbindung oder -empfehlung zu veranlassen, stellt unlauteres Verhalten im Sinne des § 1 UWG dar und bildet insofern auch nach sehr enger Auffassung keine Schwierigkeit zur Subsumtion unter den geltenden § 28 Abs.2 GWB.

Zur wettbewerbspolitischen Beurteilung der Lieferverweigerung zur Beschränkung der Vertriebswege muß im Rahmen des § 26 Abs.2 eine Abwägung vorgenommen werden zwischen der unternehmerischen Vertragsfreiheit in der Alternative des Rechts auf freie Vertriebswege mit dem Einsatz dieser Form wettbewerblicher Betätigung zur gezielten Behinderung der Mitbewerber.

Der Einsatz der Lieferverweigerung als Behinderungsstrategie stellt eine unerlaubte und damit unlautere Wettbewerbshandlung dar, die zudem den Wettbewerb in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt. Wirksamer Wettbewerb setzt den ungehinderten Leistungseinsatz der Wettbewerber voraus, der durch jede Behinderungshandlung eingeschränkt wird. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings in der Abgrenzung zwischen erlaubter und unerlaubter Lieferverweigerung. Unterscheidet man zwischen Sperren zur Sicherung des Allein- oder Exklusivvertriebs und solchen zur Erzwingung von Ausschließlichkeits- bzw. Kopplungsklauseln, die zum Inhalt haben, daß der Abnehmer keine Konkurrenzerzeugnisse vertreibt bzw. mehrere Produkte des Anbieters gleichzeitig vertreibt, ergeben sich folgende wettbewerbspolitische Bedenken: Die erste Alternative wird grundsätzlich für nützlich gehalten, da sie sowohl einer günstigen Absatzpolitik des Anbieters als auch der Gesamtwirtschaft diene, es sei denn, die Methode wird zur planmäßigen Monopolisierung eingesetzt (407). Diese Ansicht ist darin begründet, daß das Bundeskartellamt und Gerichte bei der Anwendung des Diskriminierungsverbots von dem das ganze Wirtschaftsleben beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgehen.

---

407. R.BELKE, Die Geschäftsverweigerung..., S.53 ff.

Die Erwirkung von Kopplungs- und Ausschließlichkeitsklauseln wird in Ausnahmefällen unter § 26 Abs.2 subsumiert, sonst unterfällt es den §§ 22 und 18.

Es ist der überwiegenden Meinung darin zuzustimmen, daß Liefersperren grundsätzlich wettbewerblich zulässig sind. Die Verbotsvoraussetzungen ergeben sich aus der Marktmacht desjenigen, der sie anwendet. Erst dadurch, daß ein Anbieter durch Lieferverweigerung eine marktstarke Stellung zu einer marktbeherrschenden ausbauen bzw. eine marktbeherrschende behaupten will, wird sie als Mittel dazu eingesetzt, wirksamen Wettbewerb zu gefährden. Wird Wettbewerbsfreiheit dazu benutzt, durch Zementierung der Absatzwege künstliche Marktschranken gegen new-comer zu errichten und direkt oder indirekt den Preiswettbewerb als Steuerungsmechanismus unangemessen zu beschränken, ist dies Verhalten zu verbieten, wozu die §§ 25 I, 26 II, 22 GWB zur Verfügung stehen, in denen der Staat die Kontrollfunktion übernimmt.

Zu einem grundsätzlichen Diskriminierungsverbot im Rahmen der Wettbewerbsregeln ist aufgrund betriebs- und volkswirtschaftlicher Erwägungen kein Raum, da sich die Wettbewerbsschädlichkeit des Vorgehens erst aus dem Marktmachtkontext ergibt.

5.1.4. Vergleichende Werbung mit empfohlenen Preisen

Von den die Werbung betreffenden Wettbewerbsregeln, die nicht eindeutig unter § 1 UWG fallen, wie die folgende:
"Bei der Werbung dürfen nicht unrichtige oder irreführende Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Lagerhaltung, Beschaffenheit der Ware, Verwendungsmöglichkeit sowie über Menge, Größe, Gewicht, Arten und Sorten oder über die Preisbemessung gemacht werden" (408), ergeben sich Beurteilungsschwierigkeiten für den Fall, daß einem Händler verboten wird, anzugeben, daß er eine Ware unter dem Listenpreis seines Lieferanten oder unter dem von diesem empfohlenen Wiederverkaufspreis anbietet (409). Eine Regel dieses Inhalts stellt z.B. § 7 der Wettbewerbsregeln des Kraftfahrzeughandels

408. W.BENISCH, Schutz des Leistungswettbewerbs, S.17; Verhaltenskodex, S.4 Nr.5.
409. W.BENISCH, a.a.O., S.17.

dar (410), deren Eintragung vom Bundeskartellamt abgelehnt wurde. Wegen der Bedeutung der Entscheidungen der Beschluß- bzw. Einspruchsabteilungen für die Abgrenzung des allgemeinen Anwendungsbereichs von Wettbewerbsregeln haben die Stellungnahmen des Bundeskartellamtes zu dieser Regel besonders in der Literatur große Beachtung gefunden (411).

Abgelehnt wurde die Regel:"Unlauter ist es, in Ankündigungen oder sonstigen Angeboten neuer Fahrzeuge darauf hinzuweisen, daß sich der Preis unter dem Neupreis, Listenpreis oder einem anderen als üblich dargestellten Preis liegt." (412). Die Beschlußabteilung führt dazu aus, daß der Preisvergleich ein wesentliches Mittel des Preiswettbewerbs sei und sein Ausschluß die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs erheblich beeinträchtigen würde. Deshalb werde der Preisvergleich nur unter besonderen Umständen zu einem unlauteren Wettbewerbsmittel (413). Die Einspruchsabteilung stimmt diesen Ausführungen unter besonderer Berücksichtigung mangelnden Preiswettbewerbs auf dem Kraftfahrzeugmarkt zu (414).

In Anbetracht dessen, daß in dem Hinweis auf den eigenen geringeren Preis als der bestehende Listen- oder empfohlene Preis lediglich eine Tatsachenmitteilung und kein subjektiv gefärbtes Werturteil liegt, erreicht diese Fallgruppe nicht den Wertungsbereich des Lauteren bzw. Unlauteren. Diese Kategorisierung

---

410. Bundeskartellamt, WuW/E BKartA 609 (619 ff); und s. Anhang
411. W.BENISCH, Zur Rechtspraxis des Bundeskartellamts auf dem Gebiete der Wettbewerbsregeln, in: DB 1963, S.955; derselbe, Schutz des Leistungswettbewerbs, S.28; H.-V.BRINCKMANN, Markttransparenz und vergleichende Werbung, in: WRP 1963, S.230, 295; J.H.von BRUNN, Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern ?, in: WRP 1964, S.177 ff.; K.DROSTE, Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, in: DB 1963, S.721 N.17; 723, N.23; derselbe, Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern ? - Eine Erwiderung, in: WRP 1964, S.302 N.12; derselbe, Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, in: WRP 1964, S.64; E.LANGEN, Kommentar zum GWB, § 28 Nr.18; W.HIERSEMANN, 20% unter dem empfohlenen Richtpreis, in: WRP 1964, S.393 ff.; H.LUTZ, Bundeskartellamt rügt Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, in: MA 1963, S.623 ff.; RASCH-WESTRICK, Wettbewerbsbeschränkungen, §§ 28-33, Nr.12; H.-D.SCHEEL, Wettbewerbsregeln über Preiswettbewerb, S.88; H.TETZNER, Kartellrecht. - Ein Leitfaden, S.131 f.
412. TätB 1963, IV.Deutscher Bundestag, Drucksache IV/2370, S.27-29 = WuW/E BKartA 619.
413. Bundeskartellamt, a.a.O., S.623.
414. Bundeskartellamt, in: WuW/E BKartA 772.

kommt erst unter Hinzutreten besonderer Umstände in Frage. Darüberhinaus wird durch derartige Hinweise nicht die Wirksamkeit des Wettbewerbs beeinträchtigt, sondern durch Aufrechterhaltung und Intensivierung des Preiswettbewerbs gefördert. Insofern reicht unter Hinzutreten besonderer Umstände zur Beurteilung dieses Tatbestandes der geltende § 28 Abs.2 aus.

So wird ebenfalls diese angeblich zum Bereich des Leistungswettbewerbs zählende Kategorie aufgrund ihres subjektiv verwerflichen Impetus anhand des Lauterkeits-/Unlauterkeitsmaßstabes gemessen.

5.2. Ergebnis

Die vorstehend aufgeführten Inhaltsbestimmungen bilden den Katalog der von Wirtschaftsvereinigungen und -verbänden seit Jahren vorgeschlagenen Themen, die die Wettbewerbsregeln inhaltlich festlegen sollen. Bisher wurden sie im Rahmen des Lauterkeitsbegriffs diskutiert und zum Teil beim Bundeskartellamt durchgesetzt. Seitdem die Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Gespräch ist, soll der Themenkatalog von diesem erfaßt werden; zum Teil mit dem Unterschied, daß, anders als beim lauteren Wettbewerb, nicht mehr auf die subjektive Motivation der Wettbewerber abgestellt werden soll, um einen Verstoß gegen eine dem § 28 Abs.2 entsprechende Wettbewerbsregel festzustellen, sondern daß der objektive Tatbestand ausreichend ist. Die objektive Sicht einer Wettbewerbshandlung ohne Berücksichtigung des subjektiven Impulses eines Wettbewerbers läßt jedoch in den meisten Fällen nicht erkennen, ob es sich z.B. um eine wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung handelt oder um die legitime Aktion zum Zwecke ebenfalls legitimer Gewinnmaximierung. Der Verkauf unter Selbstkosten kann erst dann als wettbewerbsschädigend verurteilt werden, wenn er, wie oben ausgeführt, Vernichtungszwecken dient. Aufgrund objektiver Kriterien läßt sich ein mißbräuchliches Marktverhalten allenfalls nach langfristiger Marktbeobachtung feststellen. Nach Inkrafttreten von Wettbewerbsregeln sind jedoch keine Verhaltenstests vorgesehen, sondern es wird ad hoc aufgrund eines objektiven Sachverhalts eingeschritten, für den justitiabele Eingriffskriterien fehlen.

Darin liegt zum einen die Gefahr, die die Einführung des Leistungswettbewerbs ins Gesetz mit sich bringt. Zum anderen besteht wegen der Unbestimmtheit des Begriffs die Möglichkeit, daß er auf Tatbestände ausgedehnt wird, die wirtschaftspolitisch unerwünscht sind. Ganz offensichtlich weist die Tatsache, daß die Bundesregierung mit der Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs die Kooperation von Klein- und Mittelbetrieben ermöglichen will, Wirtschaftsverbände dagegen die Festschreibung des Verbotes bestimmter wettbewerblicher Verhaltensweisen intendieren, die Bandbreite der möglichen Inhaltsbestimmungen auf, die der unbestimmte Rechtsbegriff erfahren hat bzw. erfahren wird. Die von der Bundesregierung verfolgte konstruktive Wirtschafts- und Strukturpolitik kann umschlagen in eine von den Wirtschaftsverbänden in Angriff genommene Verteidigungspolitik der Großunternehmen. Wettbewerbsregeln unterliegen zwar der Anmeldepflicht beim Bundeskartellamt, das zur inhaltlichen Prüfung legitimiert ist; gegen eine möglicherweise abschlägig beschiedene Anmeldung kann jedoch Widerspruch eingelegt werden, so daß die endgültige Entscheidung den Richtern verbleibt, deren Überzeugungsbildung u.a. vom Einfluß der Wirtschaftsverbände erheblich mitgetragen werden kann.

Die vorstehend diskutierten Vorschläge zur inhaltlichen Ausgestaltung von Wettbewerbsregeln, die der Bekämpfung nicht leistungsgerechten bzw. der Förderung des Leistungswettbewerbs dienen sollen, betreffen insgesamt das Verhalten der Wettbewerber und stellen dadurch nur einen mittelbaren Bezug zur Wettbewerbsstruktur her. Ausgehend davon, daß der leistungsgerechte im Sinne des funktionsfähigen Wettbewerbs zu definieren ist, sind optimale Wettbewerbsergebnisse, basierend auf funktionsfähigem Wettbewerb, letztlich nur durch strukturelle Marktveränderungen zu erzielen. Dies beweisen gerade die oben diskutierten Fallgruppen, in denen wettbewerbsgefährdende Handlungsweisen im Grunde nur dann auftreten, wenn der Handelnde über unverhältnismäßig große Marktmacht verfügt, die es ihm erlaubt, mit Vernichtungsabsicht gegen schwächere Konkurrenten vorzugehen. Wettbewerbsgefährdende Wirkungen gehen von den genannten Fallgruppen somit aus, wenn sie Ergebnis einer starken oder beherrschenden Marktstellung sind. Erst dann führen Hand-

lungsstrategien diskriminierender oder anderer den Preiswettbewerb betreffender Art zur selektiven Vernichtung von Mitbewerbern. Auf Oligopolmärkten treten Vernichtungskämpfe in Ansehung gegenseitiger starker Machtpositionen sehr selten auf. Wettbewerbsgefährdende Verhaltensweisen sind somit bedingt durch Marktmachtgefälle. Mittels stringenter Wirtschaftspolitik sind deshalb wettbewerbsgefährdende Machtpositionen abzubauen. Da die bisher aufgestellten konkreten Relationen zwischen Unternehmensgröße und Wettbewerblichkeit zugunsten von Großunternehmen ausfallen, ist es nicht anzuraten, große Unternehmenseinheiten zu verkleinern, sondern kleinen und mittleren Unternehmen durch Stärkung der Leistungskraft zur Konkurrenzfähigkeit zu verhelfen.

Dies kann allerdings nicht dadurch erfolgen, daß einige wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen benannt und verboten werden, sei es mit Hilfe des leistungsgerechten oder lauteren Wettbewerbsbegriffs, sondern dadurch, daß ihre gemeinsame Ursache: wirksamkeitsbeschränkende Marktmacht, beseitigt wird. Die dafür notwendigen strukturellen Erfordernisse sind jedoch nicht in Wettbewerbsregeln festzulegen, in denen Wirtschaftsverbände ihrer Funktion gemäß ihre spezifischen Interessen durchzusetzen versuchen. Deshalb ist die im Verhaltenskodex vorgesehene Möglichkeit vertikaler Kooperation in Wettbewerbsregeln grundsätzlich indiskutabel. Die erforderlichen Maßnahmen sind von demokratisch legitimierten Staatsorganen wahrzunehmen. Dazu ist der vorgeschlagene § 5 b RegE GWB in Erwägung zu ziehen, wonach Bagatellkartelle zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen zulässig sein sollen. Daraus ergibt sich, daß die Novellierung des § 28 Abs.2 durch Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs nach wettbewerbspolitischer Beurteilung abzulehnen ist. Vernichtungs- und Behinderungspraktiken sind immer auch unter den Begriff "unlauteren Wettbewerb" zu subsumieren und Strukturvereinbarungen stehen den Verbänden und Vereinigungen legitimerweise nicht zu.

Die Einflußnahme der Verbände auf die Wirtschaftspolitik wird besonders deutlich bei dem Zustandekommen der 2.Novelle zum GWB. Speziell das Interesse der Wirtschaftsverbände an der Ein-

führung des Leistungswettbewerbs ohne Bedenken gegen eine etwaige mißbräuchliche Anwendung und ebenfalls an der Durchsetzung des § 5 b RegE GWB mit der Freistellung kooperativer Bagatellkartelle macht deutlich, daß die Wirtschaft den erwünschten Freiraum erkannt hat, den die Einführung der Kooperationsmöglichkeiten in unveränderter Form mit sich bringt.

6. Resonanz führender Wirtschaftsverbände auf die Kooperationserleichterungen in der 2.Novelle zum GWB

In einer Stellungnahme der Wirtschaftsverbände zum 1.Entwurf des 2.Gesetzes zur Änderung des GWB wurden zur Neuformulierung des § 28 GWB folgende Meinungen deutlich:

Für die Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs sprachen sich aus:

— BGA und BDI, vorbehaltlich der Verhinderung restriktiver Interpretation;

— BV Bausteine und Erden, die die Vorschrift allerdings für zu restriktiv hält;

— BV Freier Tankstellen;

— BV Zeitungsverleger;

— DIHT;

— Markenverband, mit der Absicht, daß, falls nur wettbewerbspolitisch zweckmäßige Erwägungen für die Auslegung maßgebend sein sollen, kein spürbarer Vorteil für die Wirtschaft bestünde;

— Mineralöl ZV, nach dessen Meinung Wettbewerbsregeln auch für Teilbereiche der Wirtschaft zugelassen werden müßten, die dann auf den Gesamtbereich ausstrahlen könnten;

— Rat des Handels, der noch eine befriedigende Lösung der Außenseiterfrage für erforderlich hält;

— ZV genossenschaftlicher Groß- und Außenhandel, mit derselben Einschränkung wie Rat des Handels;

— VDMA, EBM, ZV des deutschen Handwerks und ZAW ohne zusätzliche Stellungnahmen.

Gegen die Novellierung des § 28 Abs.2 im vorgesehenen Wortlaut entschieden sich:

— AGV;

— DGB, Mineralöl ZV, wegen der Unbestimmtheit der Vorschrift;

— ASM, aus demselben Grund;

— BV Steine und Erden, Mineralöl WV sehen die Gefahr des staatlichen Dirigismus in der Anwendung des Gesetzes als neuem Instrument der Konjunktursteuerung sowie der strukturpolitischen Lenkung und Gestaltung von Branchen. Hinzukomme die Erschwerung der Anpassung an die Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes.

Die führenden deutschen Wirtschaftsverbände und -vereinigungen konnten durch einen sehr frühen Anhörungstermin, der kurz nach der Ankündigung der Gesetzesnovellierung stattfand (415), ihren Einfluß auf die Gesetzesnovelle geltend machen.

Aus den Stellungnahmen geht deutlich das Eigeninteresse hervor, aufgrund dessen die Wirtschaftsverbände einer wettbewerbspolitisch zweckmäßigen Gesetzesregelung von vornherein den Vorteil für sich absprechen. Die strukturpolitische Zielvorstellung der Bundesregierung, kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerb zu unterstützen, kann angesichts der Reaktion der Verbände verhindert werden. Der Spitzenverband der Industrie, der BDI mit 39 angegliederten Wirtschaftsverbänden, der die vorgesehenen Regelungen für zu restriktiv hält, will die Kooperationsmöglich-

415. Die 2.Novelle zur Änderung des GWB wurde in der Regierungserklärung vom 28.10.1969 angekündigt. Eines der ersten Informationsgespräche mit den Verbänden und Organisationen der Wirtschaft fand am 3.12.1969 statt.

keiten auch für Großunternehmen zulässig wissen (416), so daß die Konzentration in der Wirtschaft zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen weiter gefördert würde. Die vorgeschlagenen Inhaltsbestimmungen für Wettbewerbsregeln bestätigen diesen ihren Stellungnahmen zu entnehmenden Eindruck. Das grundsätzliche Verbot von Verkäufen unter Selbstkosten würde die Wettbewerbsentwicklung auf einem Markt dahingehend steuern, daß die einem Wirtschaftsverband angehörenden konkurrenzfähigen Unternehmen verhindern, daß kleine und mittlere Unternehmen durch Unterbieten eines kalkulierten Kostenpreises überhaupt am Wettbewerb teilnehmen können.

Im Rahmen der Preisdiskriminierungen sind partielle Preissenkungen Kennzeichen des Wettbewerbs und können der Werbung, der experimentellen Erforschung der Nachfrageelastizität und dem Eindringen in neue Märkte dienen (417). Diese Modalitäten von Preisdiskriminierungen ohne subjektive Vernichtungsabsicht werden durch ein rigides Verbot ihrer Realisierung enthoben, was sich überwiegend auf die Unternehmen auswirkt, die mangels einer stabilen Marktposition auf Durchsetzungsmöglichkeiten im Wettbewerb angewiesen sind und die durch die Fixierung bestehender Marktverhältnisse mit Hilfe von Wettbewerbsregeln zu Lasten kleiner und mittlerer Unternehmen blockiert werden. Unter Berücksichtigung der Interessenlage der Wirtschaftsverbände wird der leistungsgerechte Wettbewerb instrumentalisiert zur Festigung der Marktposition der starken Wettbewerber gegen die Beteiligung der schwachen und neuen Marktpartner im Wettbewerb.

Die Notwendigkeit der Kooperationsförderung von Klein- und Mittelbetrieben zur Ausgleichung bestehender wettbewerbsgefährdender Machtgefälle wurde bereits mehrfach betont. Die Einführung des leistungsgerechten Wettbewerbs in § 28 Abs.2 erscheint dazu ungeeignet. Darüberhinaus soll diese Zielvorstellung verwirklicht werden durch die Formulierung des § 5 b RegE GWB, wonach Bagatellkartelle unwesentlichen Ausmaßes zum Zwecke der Leistungssteigerung erlaubt sein sollen. Birgt § 28 Abs.2 RegE GWB die Gefahr verbandsorientierter interessenspezifischer Wirt-

416. Verhaltenskodex, Präambel.
417. G.SKIBA, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, S.131.

schaftspolitik, die durch das Verbot nicht leistungsgerechter Verhaltensweisen wesentliche Wettbewerbsfunktionen festschreibt, so gibt § 5 b RegE GWB die Möglichkeit, durch gezielte Strukturpolitik in der Form der Einzelfallkontrolle des Bundeskartellamtes den Wettbewerb zu intensivieren. Dazu ist Voraussetzung, daß die Kooperationsmöglichkeiten begrenzt bleiben auf kleine und mittlere Unternehmen, die gegenüber marktstarken Großunternehmen nicht ernsthaft konkurrenzfähig sein können.

Der geplante § 5 b RegE GWB ist deshalb daraufhin zu untersuchen, ob er der Verwirklichung dieser in der Begründung zum Regierungsentwurf explizierten Zielvorstellung dient.

§ 4 § 5 b RegE GWB: Kooperationsförderung als Instrument zur Intensivierung des Wettbewerbs

§ 5 b RegE GWB wird angesichts der zunehmenden Konzentrationsbewegung für das adäquate Mittel gehalten, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu fördern (418).

Wie die wirtschaftliche Faktizität beweist, stellt die Wettbewerbswirtschaft an sich keine geeignete Marktform dar, wirtschaftliche Machtblöcke konkurrenzgeneigt zu lenken und nicht zu einer Gefahr für den Wettbewerb werden zu lassen. Vernünftige Wirtschaftspolitik kann den Wettbewerb deshalb nicht sich selbst überlassen, sondern muß Instrumente finden, eine produktivitätssteigernde Marktwirtschaft zu erhalten und zu fördern. Einschränkungen der Individualfreiheit müssen zugunsten des Allgemeinwohls in Kauf genommen werden. Von daher ist dem Kooperationsgedanken, der zu einem Machtausgleich qua Gegenmacht führt, zuzustimmen. Die Effektivität dieses Konzeptes wird allerdings zum Teil bezweifelt (419). Vor allem wird die Gefahr gesehen, daß die kooperative Gegenmachtbildung bei den Kleinunternehmen zu gewichtiger Kartellierung führe (420), außerdem nicht beschränkt bleibe auf Klein- und Mittelbetriebe, für die sie für günstig gehalten wird, sondern Verbreitung finde unter den bereits machtstarken Großunternehmen und damit ihre wirtschaftspolitische Zielsetzung verfehle (421). Gleichwohl seien Klein- und Mittelbetriebe, auf sich allein gestellt, zu einem marktwirksamen kompetitiven Ringen um die Gunst des Kunden bei Konkurrenz durch marktmächtige Großunternehmen kaum je in der Lage. Erst die kooperative Zusammenfassung ihrer Kapazitäten würde ihnen dazu verhelfen, sich aktiv am Wettbewerb im rele-

---

418. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, VI.Deutscher Bundestag, Drucksache VI/2520, S.43.
419. Die Kritik bezieht sich im wesentlichen auf J.K.GALBRAITH's Konzept der "Countervailing Power", das nach E.KANTZENBACH gerade nicht wettbewerbsfördernd, sondern nur ausbeutungshemmend wirke (Die Funktionsfähigkeit..., S.153).
420. F.-J.SÄCKER, Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstands, wirtschaftswiss.Diss., S.131.
421. Derselbe, a.a.O., S.145.

vanten Markt im Sinne einer Beeinflussung des Marktgeschehens zu beteiligen (422). Vor diesem Hintergrund begründeter Bedenken hinsichtlich der Wettbewerbsfähigkeit von Klein- und Mittelbetrieben in unserem Wirtschaftssystem findet die von der Bundesregierung in der Regierungserklärung vom 29.10.1969 formulierte und in der Gesetzesnovelle zur Gesetzeswirklichkeit gebrachte Zielvorstellung der Kooperationsförderung ihre Legitimation.

Durch den Wortlaut "Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen" erfaßt § 5 b jede Art der Zusammenarbeit von Unternehmen, die sich in der Rechtsform eines Kartells im Sinne des § 1 GWB vollzieht. Diejenigen Kooperationsformen, die nicht unter § 1 fallen, brauchen auch nicht vom Kartellverbot freigestellt zu werden und liegen daher außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5 b (423).

Der Gefahr, die Konzentrationsmöglichkeit dazu führen zu lassen, Wirtschaftskonzentration in verstärktem Maße zu forcieren, soll § 5 b dadurch begegnen, daß durch die Kooperation der übrige Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt sein darf, so daß nur leistungssteigernde Zusammenarbeit vom Kartellverbot ausgenommen wird.

Im Hinblick auf § 5 b als wirksames Kooperationsförderungsinstrument stellt sich zum einen die Frage, ob das theoretische Konzept, auf dem § 5 b basiert, ein wettbewerbskonformes, wirtschaftspolitisch effizientes Mittel darstellt, Machtpositionen zu entkräften und den Wettbewerb dadurch zu fördern. Zum anderen könnte die Vorschrift zu unbestimmt gefaßt sein, um den Anwendungsbereich ausschließlich auf wettbewerbsfördernde Kooperationen zu begrenzen.

1. Gegengewichtsprinzip und Wettbewerb

Der im Regierungsentwurf vorgeschlagene § 5 b basiert auf dem

422. Derselbe, a.a.O., S.130; vgl. H.BARTHOLOMEYCZIK, Das Gegengewichtsprinzip und die Funktionsfähigkeit des Austauschvertrages in der modernen Rechtsentwicklung, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd.3: Rechtsgrundlagen der Gegengewichtsbildung, FIW-Schriftenreihe, Heft 35.
423. Bundesregierung, in: Bundestags-Drucksache VI/2520, S.43.

wettbewerbstheoretischen Konzept der Stärkung leistungsschwacher Wettbewerbsteilnehmer als Gegenkräfte der Großunternehmen zur Erhöhung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (424). Die Denkfigur des Gegengewichtsprinzips, die als balance-and-power-Prinzip auch die Staatstheorie durchzieht, wurde für diesen Bereich am deutlichsten von MONTESQUIEU formuliert (425):"Damit kein Mißbrauch der Macht vorkommt, muß, wie die Dinge schon liegen, der Macht durch Macht Einhalt geboten werden."

Der Begriff des Gegengewichts in der Wirtschaft wurde von GALBRAITH entwickelt, der als erster ausführlich eine Lehre von der Bildung von Gegenkräften entwickelt und aufgestellt hat (426). Anhand einer Untersuchung der amerikanischen Wirtschaft versucht er zu zeigen, daß der Wettbewerb seine Funktion als selbstregulierender Mechanismus der Wirtschaft verloren habe und daß der private Wirtschaftseinfluß durch die Gegenkraft jener im Zaum gehalten werde, die ihm unterworfen sind (427). GALBRAITH stellt das Gegengewichtsprinzip als einen Ordnungsmechanismus dar, der anstelle des außer Kraft gesetzten Wettbewerbs tritt, und zwar aufgrund eigenständiger Entwicklung ohne externen Eingriff.

Gegen diese These wurden in der Literatur vielfach erhebliche Bedenken erhoben (428).

GALBRAITH stellt die Behauptung auf, daß die den wirtschaftlichen Fortschritt in den USA fördernden Monopole und Oligopole ihre Machtposition nicht wirtschaftlich ausnützen könnten,

---

424. Allgemeine Begründung zum neuen § 5 b, in: Bundestags-Drucksache VI/2520, S.19.
425. CH. DE MONTESQUIEU, Gesetze und Prinzipien der Politik, eine Auswahl aus: De l'esprit de loit, in: Lux et Humanitas, eine Schriftenreihe zur Pflege geisteswissenschaftlicher Werte, Bd.6, S.89.
426. J.K.GALBRAITH, American Capitalism. The Concept of Countervailing Power.
427. Derselbe, a.a.O., p.118.
428. S. dazu E.-J.MESTMÄCKER, Wettbewerbs- und Strukturpolitik - Zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Die Aussprache, 1970, Heft 4, S.60 ff. (S.62); G.SKIBA, Preisdiskriminierung und die Wettbewerbsregeln des GWB, in: WuW 1972, Heft 4, S.211 ff. (S.221/222).

da auf der vor- oder nachgelagerten Produktions- und Handelsebene automatisch eine Gegenmacht entstehe, die die originäre Macht neutralisiert (429). Dieser Machtausgleichsmechanismus soll den Wettbewerb fördern (430).

Diese Ansicht wäre zutreffend, wenn in der Konzeption die wachstumsrelevanten Wettbewerbsfunktionen ihre wettbewerbsintensivierende Kraft entfalten würden. Der Wettbewerb verdrängt die Unternehmen aus dem Markt, die ihre Produktion nicht flexibel genug den jeweils gegebenen Produktionsmöglichkeiten anpassen und/oder keine technischen Fortschritte realisieren. Diese Auslesefunktion wird jedoch nicht in Gang gesetzt, wenn auf der Nachfrageseite ein Gegengewicht zum Anbieter entsteht oder umgekehrt. Folglich führt diese Machtbildung nicht zum Machtausgleich, sondern zu einer Parallelentwicklung von Marktmacht.

Im Rahmen des § 5 b RegE GWB soll gerade die wettbewerbsintensivierende Auslesefunktion zum Zuge kommen, die durch Stärkung der Wettbewerbsteilnehmer - das sind z.B. die Anbieter untereinander - erreicht werden soll. Die Gegengewichtsbildung soll somit zur Wettbewerbsintensivierung auf einer Wettbewerbsstufe führen. Trotz Abweichung von der GALBRAITH'SCHEN Konzeption soll dieses Modell dennoch als modifiziertes Gegengewichtsprinzip bezeichnet werden, und zwar in Anlehnung an die Meinung, die unter Bezugnahme auf GALBRAITH die Notwendigkeit der Bildung vor Abwehrkartellen durch Klein- und Mittelbetriebe zum Schutz monopolistischer Ausbeutung begründet (431).

Obwohl das von GALBRAITH vertretene Gegenmachtprinzip "als generelles Ordnungsprinzip einer Marktwirtschaft unbrauchbar" erscheint (432), soll der für unseren Gedankengang sehr treffende Begriff in diesem Zusammenhang mit dem Inhalt verwendet werden, daß kleine und mittlere Unternehmen sich als konkurrenzfähige Gegenmacht gegenüber Großunternehmen formieren.

---

429. J.K.GALBRAITH, a.a.O.
430. Derselbe, a.a.O., S.151.
431. W.ANDREAE, C.-A.ANDREAE, Beiträge zur Wettbewerbsordnung; C.-A.ANDREAE, W.GLAHE, Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (I), Bd.1, Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb, S.42 ff.
432. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfreiheit des Wettbewerbs, S.153.

Diese Wettbewerbsoptimierung qua Strukturpolitik wird aufgrund der Überlegungen zur Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs für eines der effizientesten wettbewerbspolitischen Instrumente gehalten (433). Fusionskontrolle mit der Konsequenz, daß Großunternehmen daran gehindert werden, Klein- und Mittelbetriebe aufzukaufen, ist kein ausreichendes Mittel, um den Wettbewerb aufrechtzuerhalten; denn Unternehmen, die zu schwach sind, selbständig am Wettbewerb teilzunehmen, und sich deshalb einem anderen Unternehmen anschließen wollen, sind keine geeigneten Partner, um in wirksame Konkurrenz zu treten. Viele kleine Unternehmen können einem Großunternehmen gegenüber machtlos sein und erst durch Zusammenarbeit wettbewerbsfähig werden (434).

Die mit dieser Zielvorstellung tätig werdende konstruktive Wettbewerbspolitik handelt über die Schaffung eines gesamtwirtschaftlichen Machtausgleichs hinaus im Interesse eines funktionsfähigen Wettbewerbs zugunsten optimaler Wettbewerbsintensität.

2. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch Machtausgleich im Wege der Gegenmachtbildung

Das Wirtschaftskonzept KANTZENBACHS basiert darauf, daß die Wirtschaft der Bundesrepublik Deutschland sich in Richtung auf oligopolistische Marktformen strukturell verändere, wodurch der Wettbewerb jedoch nicht zwangsläufig geschwächt, sondern unter Umständen intensiviert werde (435). Daraus ist die Konsequenz zu ziehen, daß, sollten Großunternehmen sich wettbewerbsfördernd auswirken, die Wettbewerbsstrukturen im Hinblick darauf zu beeinflussen sind. Dies sollte wiederum dazu führen, daß nicht ausschließlich Dekartellierungsvorschriften in Verbindung mit Fusionskontrollen erlassen werden, sondern daß unter bestimmten festgelegten Voraussetzungen wettbewerbsintensive Absprachen unter kleinen Unternehmen zugelassen werden.

---

433. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., S.139 ff., 145 ff.
434. H.ARNDT, Die Politik muß die Weichen stellen, in: Der Volkswirt, 1964, S.1292-1293, hier: 1293; vgl. auch H.J.SERAPHIM, Machtkonzentrationen in der Marktwirtschaft und die Verwirklichung des Wettbewerbs, S.53.
435. E.KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit..., passim

An den KANTZENBACH'SCHEN Vorstellungen wurde allerdings vielfach Kritik geübt. Da Marktformen wettbewerbsneutral seien, lasse sich auch nicht begründen, daß in einer bestimmten Marktstruktur, dem weiten Oligopol, der Wettbewerb optimal funktioniere. Insofern seien strukturpolitische Intentionen der Wirtschaftspolitik unbegründet, wenn nicht gar gefährlich, da sie die Wettbewerbsfreiheit teilweise einschränken. Das liberalem Gedankengut in anachronistischer Form Verhaftetsein dieser Aussage wurde bereits in einem der ersten Abschnitte dieser Arbeit dargestellt. Die von KANTZENBACH u.a. entwickelten wirtschaftstheoretischen Modelle zur Anwendung der bestehenden Markttests für die Beurteilung wettbewerblicher Tatbestände sind zwar nicht eindeutig beweisfähig, da sie in ihrer Struktur zu einfach sind, um die Realität in ihrer Komplexität zu erfassen (436); sie zeigen jedoch Tendenzen dafür auf, welche Größenordnungen von Unternehmen welche marktrelevanten Ergebnisse zeigen. Daraus geht hervor, daß Großunternehmen den wirtschaftspolitischen Zielsetzungen in einer wettbewerblichen Marktordnung wie Wachstum und Vollbeschäftigung eher entsprechen als Klein- und Mittelbetriebe (437). Deshalb sollten Klein- und Mittelunternehmen sowohl zum Machtausgleich als auch letztlich zur volkswirtschaftlichen Ergebnisoptimierung in Form größerer Unternehmenseinheiten kooperieren. Großunternehmen sollte diese Kooperationsmöglichkeit aus wettbewerbspolitischen Gründen allerdings nicht offenstehen.

Zu klären bleibt demnach, welche Art kooperativer Zusammenarbeit § 5 b RegE GWB erfassen soll und ob sie auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt ist.

3. Die Zulassungsvoraussetzungen des § 5 b RegE GWB

Nach § 5 b RegE GWB soll die Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen zum Zwecke der Rationalisierung erlaubt sein, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und eine Leistungssteigerung der beteiligten Unternehmen damit verbunden ist.

---

436. B.SIMONIS, Die Aussagen der neuen Oligopoltheorie, S. 202 et passim.
437. Derselbe, ebenda.

Unternehmensfunktion ist dabei jede unternehmerische Tätigkeit, wie Einkauf, Produktion, Verkauf, Werbung und dergleichen (438). Die Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen kann innerhalb einer Wirtschaftsstufe durchgeführt werden oder sich über mehrere Wirtschaftsstufen erstrecken. Im Hinblick auf die Gegenmachtbildung ist die Zusammenarbeit auf horizontaler Ebene besonders wirksam. Darüberhinaus besteht sowohl die Möglichkeit vertikaler Zusammenarbeit zwischen Herstellern und Händlern als auch die Verbindung von horizontaler und vertikaler Kooperation.

Diese Vorschrift ist insofern von großer Bedeutung, als sie zu einem der drei zentralen Novellierungskomplexe des GWB zählt. Seit der Wiederaufnahme der Arbeiten zur Änderung des Kartellgesetzes mit der Gründung einer dementsprechend benannten Arbeitsgruppe am 16. 1.1969, die unter Mitwirkung des Bundeswirtschaftsministeriums, des Bundesjustizministeriums, der Länder und des Bundeskartellamtes notwendige Änderungen des Kartellgesetzes zusammenstellen sollte, wurde unter anderem von dem ehemaligen Wirtschaftsminister SCHILLER, einem der Schirmherren der Novelle, wiederholt betont, daß ein verbessertes Kartellgesetz "Erleichterungen für die Kooperation kleiner und mittlerer Unternehmungen" schaffen solle (439). Entsprechend kündigte Bundeskanzler BRANDT in seiner ersten Regierungserklärung vom 28.10.1969 an, daß das Kartellgesetz zum Instrument einer wirksamen und fortschrittlichen Mittelstandspolitik werden müsse (440). SCHILLER stellte die Kooperationserleichterungen darüberhinaus als ein Instrument dar, mit Hilfe dessen gegen wettbewerbspolitisch gefährlicher Machtzusammenballung bei Großunternehmen ein Abwehrmechanismus geschaffen werde (441).

---

438. Einzelbegründung zum neuen § 5 b, Bundestags-Drucksache VI/2520, S.20.
439. K.SCHILLER, Bundesminister a.D., am 4.11.1969 vor der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels in Bad Godesberg.
440. Bundeskanzler BRANDT, Regierungserklärung am 28.10.1969, Ankündigung der Kartellgesetznovelle.
441. K.SCHILLER, in: Handelsblatt vom 4.12.1970.

Besondere Bedeutung erlangt bei Betrachtung der Vorschrift die Frage, welche Art von Kooperationsabsprachen zulässig sind. Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme zum Novellierungsentwurf vorgeschlagen, Preisregelungen aus der Kooperationserleichterung auszuklammern (442). Die Bundesregierung hielt trotz der ablehnenden Stellungnahme an ihrem Entwurf zu einem neuen § 5 b fest, wonach Kooperationsabsprachen auch Preisregelungen enthalten dürfen (443).

3.1. Leistungssteigernde Kooperationen

Es wird die Ansicht vertreten, man könne nicht beides zugleich, Wettbewerb als ökonomisch effizientestes Verfahren haben und Wettbewerbsbeschränkungen zum Zwecke der Leistungssteigerung fordern (444). Die Widerlegung dieser These ist in den bisherigen Abschnitten der Arbeit versucht worden. Es wurde statt dessen dem wettbewerbspolitischen Leitbild des Bundeswirtschaftsministeriums gefolgt, wonach der Wettbewerb zwar das effizienteste Koordinationsverfahren ist, es jedoch Ausnahmen gibt, in denen die Anbieter- oder Nachfrager-Koordination effizienter ist.

§ 5 b RegE GWB enthält als Bedingung die Zielvorstellung der Leistungssteigerung, nach der sich die vorgesehenen Kooperationsformen ausrichten müssen, und damit eine mögliche Schranke, die "einer generellen Durchorganisierung der Wirtschaft nach dem Gegengewichtsprinzip eine wirkungsvolle Barriere entgegenstellt" (445). Leistungssteigernde Zusammenarbeit ist so zu verstehen, daß mehrere Unternehmen, die einzeln nicht stark genug sind, um wettbewerbsrelevante Leistungen zu erbringen, dieses Ziel gemeinsam erreichen. Die Leistungssteigerung hat automatisch eine Wettbewerbsintensivierung zur Folge.

---

442. Stellungnahme des Bundesrates zum neuen § 5 b, in: Bundestags-Drucksache VI/2520, S.40.
443. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, in: Bundestags-Drucksache, S.43.
444. E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in: DB 1970, S.99.
445. F.-J.SÄCKER, Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstands, S.145.

Durch § 5 werden bereits sogenannte Rationalisierungskartelle vom Kartellverbot freigestellt, die die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung wesentlich zu heben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs entsprechend zu verbessern geeignet sind. Welche Leistungssteigerungen darüberhinaus durch § 5 b erfaßt werden können, sind in der von der Abteilung Wettbewerbsordnung des BDI herausgegebenen und von BENISCH ausgearbeiteten Kooperationsfibel aufgezeigt (446).

Bereits in der Kooperationsfibel des Bundeswirtschaftsministeriums vom 29.Oktober 1963 (447) sind Formen zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit veröffentlicht worden, die im Rahmen des geltenden Gesetzes möglich sein sollen. Als Anknüpfungspunkt für eine sinnvolle Auslegung und Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 1, wonach Kartelle grundsätzlich verboten sind, galt das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 7.Juni 1962 (448). Darin wurde ausgesprochen, daß nur eine nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. An diesem Beurteilungsmaßstab seien die Möglichkeiten zu messen, die kleine und mittlere Unternehmen zu einer Zusammenarbeit haben. Dementsprechend wurden Fallgruppen erstellt, die die Zusammenarbeit bei der Beschaffung und Auswertung von Informationen betreffen, die Zusammenarbeit beim Einkauf, beim Vertrieb,bei der kaufmännischen Verwaltung und sonstige Formen der Kooperation.

Eine Koordinierung von Funktionen, begriffsnotwendiges Merkmal der Unternehmenskooperation, steht regelmäßig unter der Zielsetzung, die Leistungsfähigkeit zu steigern, oder es hat entsprechende Wirkungen zur Folge. Zur Verwirklichung dieser Zielvorstellung hat sich der BDI bereits seit 1958 eingesetzt,

446. W.BENISCH, Kooperationsfibel, hrsg. vom BDI, Abteilung Wettbewerbsordnung, Drucksache Nr.85.
447. Kooperationsfibel - Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - 1963, Wortlaut der Veröffentlichung I B 5 - 813350 des Bundesministers für Wirtschaft vom 29.Oktober 1963.
448. BGHZ E 37, S.194 = WuW/E BGH 486.

um den Eingriffsbereich des § 1 auf den seiner Meinung nach notwendigen Radius zu begrenzen. Kartelle seien nämlich nur Vereinbarungen mit konservierendem Charakter und mit der Zwecksetzung, die beteiligten Unternehmen vor Wettbewerb abzuschirmen (449). Tatsächlich erfasse § 1 aber auch Verträge, die der Rationalisierung und der Leistungssteigerung dienen, sofern sie wettbewerbsbeschränkende Klauseln enthalten. Wettbewerbsbeschränkungen, die der Absicherung der leistungssteigernden Zusammenarbeit dienen oder sich auf Nebenleistungswettbewerb beziehen, seien nach § 5 b RegE GWB freizustellen (450). Als Beispiele nennt BENISCH (451):

— Wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden (z.B. Treuepflichten);

— Einschränkung einer übermäßigen Werbung;

— Unterlassung bestimmter Werbeformen;

— Unterlassung von Zugaben und Geschenken, auch soweit sie wettbewerbsrechtlich zulässig wären;

— Einschränkung von Kreditleistungen durch Warenlieferanten;

— Unterlassung der Gewährung von Treuerabatten;

— Festsetzung von Werbeterminen;

— Regelungen über Verkaufszeiten und Nachtschichten;

— Verpflichtungen zur Vorkalkulation;

— Verpflichtung zur Preisauszeichnung über den Bereich der Preisauszeichnungsverordnung hinaus.

Entsprechend der Novellierungsabsicht soll durch die Einführung des § 5 b RegE GWB die Funktionsmäßigkeit des Wettbewerbs intensiviert werden. Als Koordinierungsarten kommen somit nur solche in Frage, die dieser Zielvorstellung dienen. Das sind

449. W.BENISCH, Kooperationsfibel, S.60.
450. Derselbe, a.a.O., S.353.
451. Derselbe, a.a.O., S.353/354.

im wesentlichen Formen der Zusammenarbeit, die die Wettbewerbsfunktionen durch Realisierung der verschiedenen Formen des Hauptleistungs- wie Nebenleistungswettbewerbs anregen. Die Koordinierung kann deshalb nicht darin bestehen, in der Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen den Wettbewerb festzuschreiben. Koordinierungsabsprachen, die sich im Innenverhältnis der Vertragspartner wettbewerbsbeschränkend auswirken und damit als Ausnahme von § 1 nach § 5 b RegE GWB freigestellt werden können, müssen nach außen im Verhältnis zu wettbewerbsgefährdenden Großunternehmen wettbewerbsverschärfend wirken. Darin verwirklicht sich die Zielvorstellung des § 5 b RegE GWB. Folglich sind einige der von BENISCH angeführten Kategorien nicht als zulässige Koordinierungsarten anzuerkennen. So führt weder die Verpflichtung zur Einschränkung einer übermäßigen Werbung noch die Unterlassung von Zugaben und Geschenken oder die Unterlassung der Gewährung von Treuerabatten noch die Verpflichtung zur Preisauszeichnung über den Bereich der Preisauszeichnungsverordnung hinaus zu einer Wettbewerbsintensivierung auf dem entsprechenden Markt. Gerade in diesen Formen des Nebenleistungswettbewerbs kann die Aufrechterhaltung noch bestehenden Wettbewerbs liegen, wenn der Hauptleistungswettbewerb bereits bis auf ein nicht reaktionsfähiges Minimum eingeschränkt ist. Die Koordination sollte vielmehr darin bestehen, gemeinsam verschärfte Werbung gegenüber Großunternehmen zu treiben oder in gleicher Weise Zugaben, Geschenke oder Rabatte zu finanzieren.

Die anderen Fallgruppen wirken sich nicht allgemein wettbewerbsbeschränkend aus; auch nicht die Verpflichtung zur Vorkalkulation, gegen die im Rahmen einer Wettbewerbsregel entscheidende Bedenken bestehen. Als Koordinierungsform zwischen mehreren kleinen oder mittleren Unternehmen führt sie zu einem einheitlichen Preisniveau, das die an der Zusammenarbeit beteiligten Unternehmer davor bewahrt, wegen mangelnder Schulung und daraus folgender häufiger Fehlkalkulation konkurrenzunfähig zu bleiben und deshalb den Markt wenigen kalkulationsfähigen Großunternehmen zu überlassen. Diese auf einen entsprechend strukturierten Teilnehmerkreis begrenzte Verpflichtung zur Vorkalkulation unterscheidet sich wesentlich von einer allgemeinen, an alle Verbandsangehörigen gerichteten Verpflichtung.

Ebenfalls bestehen keine Einwendungen gegenüber Regelungen von Verkaufszeiten und Nachtschichten und den anderen Fallgruppen.

Als allgemeinen Grundsatz läßt sich mithin für die leistungssteigernde Koordinierung von Unternehmensfunktionen formulieren, daß sie zwar wettbewerbsbeschränkend inter partes, d.h. in dem beteiligten Adressatenkreis wirken darf, nicht aber im Verhältnis zu den die Zusammenarbeit bedingenden Dritten, den Großunternehmen, denen gegenüber die Zusammenarbeit überhaupt strukturell zu rechtfertigen ist. Im Hinblick auf den allgemeinen Wettbewerb soll sie schließlich wettbewerbsverschärfend wirken.

3.1.1. § 5 b RegE GWB im Verhältnis zu den §§ 5, 5 a GWB

§ 5 stellt die Rationalisierungsabsprachen, insbesondere im Bereich der Normung und Typisierung frei, sofern sie kartellmäßigen Charakter haben.

Unter Normung versteht man die Vereinheitlichung der quantitativen und qualitativen zweckbezogenen Beschaffenheit von Einzelteilen (452). Die Festlegung einheitlicher Normen oder Typen erleichtert in der Produktion die Herstellung größerer Serien und damit einen gleichmäßigen Arbeitsgang sowie eine Rationalisierung des Betriebsablaufes. Typen beziehen sich dabei auf die Ausführungsnormen von Fabrikaten höherer Ordnung, also auf ganze Fertigerzeugnisse oder mindestens Aggregate und bezeichnen die Summe der zweckbezogenen objektiven Eigenschaften eines Fertigerzeugnisses (453). § 5 Abs.2 erfaßt einfache Rationalisierungskartelle, die der Hebung der Leistungsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen dienen und dadurch die Befriedigung des Bedarfs verbessern.

Inhaltlich können sich Rationalisierungsvereinbarungen auf alle wirtschaftlichen Beziehungen erstrecken, die bei wirtschaftlichen Einheiten vorstellbar sind. Dazu gehören Produktion und

452. A.DERINGER, in: Gemeinschaftskommentar § 5, Anm.16.
453. Derselbe, a.a.O., Anm.16.

Absatz, Finanzierung, Investition, Einkauf, Verwaltung und alles, was im Wirtschaftsleben an technischen wie wirtschaftlichen oder organisatorischen Vorgängen denkbar ist (454). Rationalisierung bedeutet die Herstellung einer Verbesserung im Verhältnis zum früheren Zustand. Unter Spezialisierungskartellen im Sinne des § 5 a sind solche Vereinbarungen zu verstehen, die eine vollständige oder teilweise Programmaufteilung unter den Partnern vornehmen.

Während die Abgrenzung des § 5 b RegE GWB vom geltenden § 5 insofern leicht fällt, als sie sich in der Zielrichtung unterscheiden, ist die intentionale Unterscheidung zwischen § 5 b und § 5 a schwieriger.

§ 5, der eine Kartellfreistellung vorsieht, ist auf Ausschluß oder Verringerung des Wettbewerbs in branchenumfassenden Kartellen gerichtet (455). § 5 a dagegen, der wie § 5 b zur Auflage macht, einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen zu lassen, soll vor allem für die mittelständische Wirtschaft ein wichtiges Mittel zur Rationalisierung sein, das es diesen Unternehmen leichter machen soll, Spezialisierungsgemeinschaften zu bilden und dadurch ihre Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern (456). Zur Verwirklichung dieses Zwecks können neben der reinen Spezialisierungsabrede auch zusätzliche Abreden über Preise oder einen gemeinschaftlichen Vertrieb im vereinfachten Verfahren zugelassen werden. Um damit nicht eine umfassende Syndikatsbildung zu ermöglichen, sondern § 5 a ausschließlich als mittelstandsfördernde Maßnahmeregelung abzusichern, soll ein derartiger Vertrag einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen (457).

---

454. Derselbe, a.a.O., Anm.37.
455. Allgemeine Begründung zum neuen § 5 b (Bundestags-Drucksache VI/2520, S.19).
456. Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses zu § 5 a, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, § 5 a, Nachtrag zur 2.Auflage, S.67.
457. Ebenda.

In der Abgrenzung zu den §§ 5, 5 a dient § 5 b RegEGWB folgendem Zweck: Er bezieht sich inhaltlich auf die Arten leistungssteigernder Zusammenarbeit durch Rationalisierung wie § 5, da Unternehmensfunktion jede unternehmerische Tätigkeit darstellt wie z.B. Einkauf, Produktion, Verkauf, Werbung usw. (458), hat jedoch eine davon unterschiedliche, mit § 5 a konforme wettbewerbspolitische Implikation, nämlich die spezielle Mittelstandsförderung durch die Bildung von Abwehrkartellen gegenüber Großunternehmen. Dahingehende Anträge der SPD-Fraktion, § 5 Abs.2 und 3 entsprechend zu ändern, wurden von der Mehrheit des wirtschaftspolitischen Ausschusses während der ersten Novellierung des GWB abgelehnt (459).

Mithin erfaßt § 5 b RegE GWB alle Unternehmensbereiche, deren Koordination sich leistungssteigernd auswirkt. Beispielhaft können dafür auch die in der Kooperationsfibel aufgeführten Fallgruppen stehen. Soweit die dort genannten Kooperationsbereiche gegen § 1 verstießen, wurde aus der Zielvorstellung der Mittelstandsförderung heraus das Spürbarkeitskriterium herangezogen, um Verbote sinnvollerweise zu umgehen. Mit der Einführung des § 5 b RegE GWB wird diese Praxis durch Bildung einer gesetzlichen Ausnahme von § 1 legalisiert.

Gegen diese systematische Konstruktion wird allerdings die Ansicht vertreten, daß durch eine weitergehende Auslegung des § 1 die Zulässigkeit sogenannter Bagatellkartelle, die den Wettbewerb nur unwesentlich beeinflussen, überflüssig würde, und darüberhinaus ein insgesamt überzeugendes Ergebnis erreicht würde.

3.1.2. § 5 b als Folge der "inter-partes-Interpretation" des § 1

Als Kritik am Regierungsentwurf wird geltend gemacht, daß das Festhalten an der Gegenstandstheorie wettbewerbspolitisch um so weniger begreiflich erscheine, als durch Einführung des

---

458. Einzelbegründung zum neuen § 5 b (Bundestags-Drucksache VI/2520, S.20).
459. Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses zu § 5, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, Nachtrag zur 2.Auflage, S.62.

§ 5 b RegE GWB sichergestellt werden solle, daß alle Formen zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit, die der betriebswirtschaftlichen Rationalisierung dienen, vom Bundeskartellamt zugelassen werden könnten und müßten, sofern wesentlicher Wettbewerb erhalten bleibe (460). Die Gegenstandstheorie impliziert die Inter-partes-Interpretation der Wettbewerbsbeschränkung, da die Gegenstandstheorie, mit Hilfe derer § 1 traditionell ausgelegt wird, eine Bindung der Vertragspartner im Innenverhältnis erfordert (inter partes), wobei die Bindung Vertragsinhalt sein muß (461).

Die Fortschreibung der Gegenstandstheorie durch § 5 b RegE GWB, der die Formulierung:"...zum Gegenstand hat", vorsieht, bedeutet für einige umstrittene Wettbewerbspraktiken rechtspolitisch unbefriedigende Ergebnisse. So werden bei Anwendung dieser Theorie die sogenannten Torsosyndikate (gemeinsame Ein- und Verkaufsstellen) unterschiedlich behandelt, indem gewöhnliche Einkaufszusammenschlüsse begünstigt und Verkaufszusammenschlüsse ohne wettbewerbspolitische Rechtfertigung benachteiligt werden (462). Desgleichen wirkt sich diese Regelung unbefriedigend auf die wettbewerbspolitische Beurteilung des sogenannten "Open-Price-Systems" auf unvollkommenen, durch homogene und enge Oligopole beherrschten Märkten aus, in denen Vertragsinhalt und Namen der Geschäftspartner allen Mitgliedern bekanntgegeben sind. Die endgültige Erstarrung des Wettbewerbs ist erst die Folge der Errichtung von Open-Price-Systems (463). Diese Problematik be-

460. F.-J.SÄCKER, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, S.66 mit dem Hinweis auf K.MARKERT, Modernes Kartellgesetz - aber wie ?, in: ZHR 134, S.214 und H.H.BARNIKEL, Sind die kartellrechtlichen Erleichterungen für die Zusammenarbeit der Unternehmen ausreichend ? Die Lage nach dem geltenden GWB und nach der 2.GWB-Novelle, in: WuW 1971, S.365 ff.
461. E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle..., in: DB 1970, S.95; vgl. F.-J.SÄCKER, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme..., S.56/57.
462. F.-J.SÄCKER, a.a.O., S.60; vgl. K.MARKERT, in: ZHR 134, S.60; gegen die Gegenstandstheorie: z.B. Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Gutachten, in: Bulletin der Bundesregierung XV.25/70, vom 24.Februar 1970, S.247 bis 251.
463. F.-J.SÄCKER, a.a.O., S.63.

trifft allerdings nicht den wettbewerbspolitischen Stellenwert des § 5 b RegE GWB, der durch die Interpretation der Freiheitsbeschränkung im Hinblick auf die Auswirkung auf Dritte aufgehoben würde. Die eben angesprochene Folgentheorie wäre auf die Inter-partes-Interpretation ebenfalls anwendbar.

Durch die angewandte Inter-partes-Interpretation, die bei der Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung nicht auf die Außenwirkung abstellt, erfaßt das Kartellverbot Vereinbarungen, die keine Beschränkung des wettbewerblichen Marktprozesses darstellen oder dies nur so unwesentlich, daß sie nicht spürbar sind bzw. Bagatellcharakter tragen.

Andererseits sei diese Theorie zu eng, da sie Kartelle außer Acht lasse (464), wofür wiederum die Torsosyndikate angeführt werden. Die an gemeinsamen Verkaufseinrichtungen Beteiligten seien zwar nicht verpflichtet, darüber zu verkaufen, aber dennoch trage ein derartiges System einen starken Stabilisierungsfaktor für Marktanteile und Marktaufteilung in sich und diene der Koordination des Preisverhaltens (465). Ebenso würden durch die generelle Freistellung von Preismeldestellen oder Marktinformationsverfahren u.U. massive Kartelle vom Kartellverbot ausgenommen (466).

Zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 1 wurden bisher einige Theorien entwickelt, die etwa eine Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit auch dann als gegeben ansehen, wenn der Vertrag wirtschaftliche Vor- oder Nachteile an ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten knüpft, zu dem der

---

464. J.F.BAUR, Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in: ZHR 134, S.120; E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle..., in: DB 1970, S.95.
465. E.HOPPMANN, a.a.O., S.95.
466. Vgl. J.F.BAUR, Das Tatbestandsmerkmal..., in: ZHR 134, S.119; E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle..., in: DB 1970, S.95 f.; K.MARKERT, Gegenstandstheorie und Preismeldestellen, in: ZHR 134, S.53; F.RITTNER, Kooperation - Ein Struktur- und Lenkungsprinzip der Wirtschaft?, in: Kooperation - Ein Struktur- und Lenkungsprinzip der Wirtschaft, Schriften der Evang. Akademie in Hessen und Nassau, Heft 79, 1969, S.22; TätB 1969, S.15.

Vertrag selbst nicht verpflichtet ("Kopplungstheorie") (467), oder die neben dem Vertragsinhalt auch auf den Vertragszweck abstellen ("Zwecktheorie") (468). Andererseits wird die Funktion des Vertrages als essentiell angesehen ("funktionale Theorie") (469). Die Bestätigung der Gegenstandstheorie in der Kartellgesetznovelle mag u.a. auf die ablehnende Haltung der Wirtschaftsverbände und -organisationen zurückzuführen sein, die sich in einem Informationsgespräch im Bundeswirtschaftsministerium am 3.Dezember 1969 außer der ASU entschieden gegen eine derartige "Kooperationserschwerung" aussprachen.

Sowohl die Folgetheorie als auch die anderen Theorien, die den Wirkungsbereich des § 1 sinnvollerweise auf Kartelltatbestände ausdehnen wollen, von denen das Bundeskartellamt bisher allerdings deswegen noch absieht, weil nach der von ihm vertretenen Inter-partes-Interpretation keine vertragliche Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit vorliegt, wenn die Parteien im Innenverhältnis nicht gebunden sind.

Diese Theorien betreffen jedoch nur den materiellen Regelungsbereich des § 1, auf den sich der sachliche Inhalt des Vertrages erstreckt, und nicht den betroffenen Personenkreis, dessen Freiheit durch den Kartellvertrag eingeschränkt wird. Die gegen die Inter-partes-Theorie angeführte Meinung vertritt den Standpunkt, daß nicht in der Handlungsfreiheit der an einem Kartellvertrag beteiligten Unternehmen die von § 1 geschützte Wettbewerbsfreiheit liege, sondern in der Wettbewerbsfreiheit der unbeteiligten, aber betroffenen Marktpartner (470). Damit stellt sich das Auslegungsproblem des § 1 als Frage nach der kartellrechtlich geschützten Freiheit bzw. nach dem Adressatenkreis der Vorschrift.

---

467. K.MARKERT, Kartellrechtliche Bedeutung von Preismeldeverträgen, in: DB 1964, S.1455 ff.; derselbe, Gegenstandstheorie und Preismeldestellen, in: ZHR 134, S.58 f., S.65; A.JÄGER, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S.117 f.
468. W.FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S.47.
469. F.RITTNER, Kooperation..., S.18 ff., 20 f.
470. E.HOPPMANN, Die sogenannten Bagatellkartelle..., in: DB 1970, S.94.

§ 1 erklärt Verträge für unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

Entscheidend für den Adressatenkreis der Wettbewerbsbeschränkung ist die Formulierung "Marktverhältnisse", für die nicht die Lage der Vertragsbeteiligten maßgebend ist, sondern die der Außenseiter und der Partner auf der Marktgegenseite (471). Dies bestätigt auch die Intention des Gesetzgebers, durch § 1 sowohl die Freiheit der Wettbewerbsteilnehmer zu schützen, als auch die gesamtwirtschaftliche Zielsetzung optimaler Sicherung allgemeiner Bedarfsbefriedigung zu fördern. Auf die Verwirklichung der zweiten Alternative kann nur dann eingewirkt werden, wenn der Freiheitsschutz die Funktionsmäßigkeit des allgemeinen Wettbewerbs im Blick hat und nicht nur der am Vertrag unmittelbar Beteiligten. Wesentliches Eingriffskriterium ist demnach die durch die Kartellvereinbarung bewirkte Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit Dritter, wodurch gleichzeitig die Funktionsmäßigkeit des Wettbewerbs gefährdet ist.

Durch diese extensive Interpretation des § 1 könnte die Funktionalität des § 5 b RegE GWB aufgehoben werden. Dies wäre der Fall, wenn die nach dieser Vorschrift zulässigen sogenannten Bagatellkartelle mit den Vereinbarungen gleichzusetzen wären, deren Wirkungen sich ausschließlich inter-partes erstrecken und keine oder nur sehr unwesentlich wettbewerbsbeschränkende Außenwirkung haben.

Die in § 5 b RegE GWB vorgesehenen Kooperationen sollen sich nach der Begründung zum Regierungsentwurf gerade nicht wettbewerbsbeschränkend, sondern wettbewerbsfördernd auswirken, indem zwar die an der Zusammenarbeit Beteiligten ihre Wettbewerbsfreiheit selbst einschränken, womit aber nur die formale Handlungsfreiheit betroffen ist und nicht die materielle Entschließungsfreiheit, die durch Bildung des Kollektivs erst hergestellt wird. Bei dieser zutreffenden Differenzierung der

---

471. BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 1, Anm.47; MÜLLER-HENNEBERG, in: Gemeinschaftskommentar, § 1, Anm.52; BGHZ, WuW/E BGH 491.

Wettbewerbsfreiheit wird selbst nach der Inter-partes-Interpretation die Wettbewerbsfreiheit der am Vertrag Beteiligten nur formal eingeschränkt und die letztlich entscheidende materielle Entschließungsfreiheit gefördert. Darüberhinaus wird die Wettbewerbsfreiheit dritter Großunternehmen nur soweit begrenzt, wie es notwendig ist, um die Wirksamkeit des Wettbewerbs nicht durch ihre absolute Freiheitsentfaltung in Form von wettbewerbsgefährdender Marktmacht zu beeinträchtigen. § 5 b RegE GWB unterfiele somit nicht dem Verbotsbereich des § 1, da die darin enthaltene Freistellung von dieser Vorschrift nicht dem Sinngehalt des Gesetzes entspricht.

Trotz dieses Ergebnisses gibt es eine zweifache Rechtfertigung für die Einführung des § 5 b RegE GWB.

Aufgrund der strukturpolitischen Notwendigkeit zur Erleichterung der Kooperationen von Klein- und Mittelbetrieben erübrigt sich die Vorschrift nur unter der Voraussetzung, daß sich das Interpretationsverständnis des § 1 entsprechend ändert. Solange dieses vom Inter-partes-Gedanken bestimmt wird, wird § 5 b RegE GWB zur Durchsetzung strukturpolitischer Notwendigkeiten für erforderlich gehalten.

Zum anderen dient die Vorschrift der Klarstellung darüber, daß eine konsequente Mittelstandspolitik zum wettbewerblichen Machtausgleich führen soll.

Wie bereits erwähnt, werden auch nach geltendem Recht kartellähnliche Vereinbarungen für zulässig gehalten, wenn sie den Wettbewerb nicht spürbar beeinflussen. Das Bundeskartellamt (472) sowie die Rechtsprechung (473) haben dahingehend entschieden, daß Kartelle im Rahmen des § 1 für unbedenklich gelten, falls sie gesamtwirtschaftlich und wettbewerbspolitisch bedeutungslos sind. Diese de lege lata eingeführte Zulässigkeitsbegrenzung soll de lege ferenda in der Voraussetzung ent-

472. Bundeskartellamt, in: WuW 1964, S.846.
473. Bundesgerichtshof, in: WuW/E BGH 486, 611, 726.

halten sein, daß die Vereinbarungen nach § 5 b RegE GWB den Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigen dürfen.

3.2. Das Unwesentlichkeitskriterium

Beurteilungsmaßstab für den unbestimmten Rechtsbegriff "unwesentlich" bilden im Zusammenspiel der Marktanteil der beteiligten Unternehmen, die Marktstruktur, die Kartellart sowie Dauer und Grad der Beschränkung, wie sie sich aus dem verpflichtenden Inhalt oder aus der vorgesehenen Durchführung des Vertrages ergeben (474). Demnach soll es auf die Umstände im Einzelfall ankommen, ob ein Zusammenschluß erlaubt wird oder nicht. Die Entscheidungskompetenz ist damit letzten Endes an die Kartellbehörde delegiert.

Verständlicherweise wird es für erforderlich gehalten, bei Eingriffen in den Wettbewerb die individuellen Umstände in Betracht zu ziehen, so daß das Gesetz nur Entscheidungshilfen in Form von unbestimmten Rechtsbegriffen enthält, die einer dem zu behandelnden Fall adäquaten Konkretisierung bedürfen. Es erscheint allerdings darüberhinaus sinnvoll, der Behörde Entscheidungskriterien an die Hand zu geben, die verhindern, daß § 5 b RegE GWB von Großunternehmen zweckwidrig dazu mißbraucht wird, die Wirtschaft nach dem Gegengewichtsprinzip generell durchzuorganisieren.

Wird das Kriterium der Leistungssteigerung nicht nur auf das unternehmerische Wachstum der an der Zusammenarbeit beteiligten Unternehmen, sondern auf den gesamtwirtschaftlichen Nutzen durch Intensivierung des Wettbewerbs bezogen, liegt darin bereits eine Schranke gegen unbegrenzte Inanspruchnahme der Vorschrift durch Großunternehmen. Da dieses Kriterium jedoch noch nicht im Hinblick auf einen eindeutigen Auslegungsinhalt festgelegt ist, erscheint es notwendig, § 5 b RegE GWB vor wettbewerbsgefährdender Inanspruchnahme abzusichern. Darin liegt der rechtspolitische Zweck der Anwendungsbegrenzung durch das Er-

474. Einzelbegründung zum neuen § 5 b (Bundestags-Drucksache VI/2520, S.20).

fordernis der Unwesentlichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung.

Die ausschließliche Anwendbarkeit des § 5 b RegE GWB auf förderungswürdige Klein- und Mittelunternehmen wird durch die Formulierung "unwesentlich" nicht ausreichend sichergestellt, wenn nicht eindeutige Zahlenverhältnisse angegeben werden, die die strukturpolitische Implikation dieser Vorschrift unmißverständlich zum Ausdruck bringen. Erst dadurch wird sichergestellt, daß den anwendungsfreudigen Großunternehmen keine auslegungsfähigen Einbruchstellen offengelassen werden, die die wettbewerbspolitische Zielvorstellung zur Einführung dieser Vorschrift untergraben. Auslegungsbedingte Unklarheiten, die es zu vermeiden gilt, kommen schon in der Begründung der Novellierung zum Ausdruck. Einerseits ziele die Kooperation darauf ab, innerhalb kleiner Gruppen von Klein- und Mittelunternehmen durch Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen die Leistung der Beteiligten zu steigern und dadurch deren Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern (475); andererseits wird in der syntaktischen Bedingung als Ausnahme formuliert, daß, wenn kleine und mittlere Unternehmen sich z.B. gegenüber größeren Wettbewerbern zusammenschließen, die Voraussetzungen für den Wettbewerb sogar verbessert werden können (476). Aus dem zweiten Begründungsausschnitt geht hervor,daß nicht nur Klein- und Mittelunternehmen die Kooperationsmöglichkeit in Anspruch nehmen könnten, sondern auch Unternehmen anderer Größenordnungen. Trotz einer relativ stringenten wettbewerbspolitischen Zielvorstellung der Bundesregierung werden bei der Umsetzung in Gesetzesvorschriften häufig Konzessionen an die Interessenverbände der Wirtschaft gemacht, die entsprechend den Vorstellungen ihrer mächtigsten Mitglieder Wettbewerbspolitik nur dann akzeptieren, wenn sie sich mit ihrem Eigeninteresse deckt. Auf § 5 b RegE GWB bezogen, bedeutet dies, daß die Vorschrift auch die Kooperation von Großunternehmen zulassen sollte. Trotz der vielfältigen Einflußnahme seitens der Wirtschaftsverbände während der Gesetzesberatung sollte der Vorschrift eine rigorose Anwendungsbegrenzung eingefügt werden, die an festen Marktanteils-

475. Allgemeine Begründung zum neuen § 5 b (Bundestags-Drucksache VI/2520, S.19).
476. Einzelbegründung zum neuen § 5 b (Bundestags-Drucksache VI/2520, S.20).

werten bzw. Umsatzziffern zu orientieren ist.

§ 5 b RegE GWB sollte als weitgehende Kartellausnahme im wesentlichen auf quantitative Kriterien abstellen. Die qualitativen sind ausreichend von den §§ 2-8 erfaßt. Ohne systematische Überschneidung läßt sich § 5 b RegE GWB nur in das Gesetz einfügen, wenn er auf allein dem Ausmaß nach unbedeutende Beschränkung des Wettbewerbs abstellt.

Gerade die Praxis mit § 5 a zeigt, daß diese Freistellung in erheblichem Umfang große Unternehmen in Anspruch genommen haben. Von den 70 bis zum 31.Dezember 1972 rechtswirksam gewordenen Spezialisierungskartellen nach § 5 a erreichten 11 Marktanteile von 50% und mehr (z.T. 95%, 83%, 80%); 26 Zusammenschlüsse erreichten 20 bis 50% (477). Über die Hälfte erlangten damit eine nach der Definition der Kartellgesetznovelle marktbeherrschenden Stellung. Diese Entwicklung trat ein, obwohl auch in § 5 a die Einschränkung enthalten ist, daß ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehen bleiben muß, und diese Vorschrift nach deutlicher Aussage in der Gesetzesbegründung als Instrument zur Stärkung des Mittelstandes eingeführt wurde. Eine Beschränkung der Ausnahmevorschrift auf kleine und mittlere Unternehmen ist insofern ohne quantitative Kriterien nicht möglich.

Eine quantitative Regelung entspricht auch der vergleichbaren europäischen Regelung in der Gruppenfreistellungsverordnung gemäß Art.85 Abs.3 EWG-Vertrag.

Vom grundsätzlichen Ansatzpunkt der Novellierung ist nicht der bestehenden Formulierung, sondern eher dem SPD-Vorschlag vom 31.März 1971 zuzustimmen, worin der im Regierungsentwurf vorgeschlagene § 5 b im letzten Halbsatz dahingehend ergänzt wird: "wenn dadurch die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen gefördert wird und damit keine Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind, die über diesen Zweck

---

477. TätB 1972, zu § 5 a, z.Zt. noch im Druck

hinausgehen"(478). Um die befürchteten Zweckverfehlungen zu vermeiden, die trotz dieses präziseren Formulierungsentwurfs möglich sind, sollte die "wesentliche Beeinträchtigung" anhand deutlicher Marktanteils- bzw. Umsatz- oder Beschäftigungsgrenzen festgelegt sein. Die auch gegen den SPD-Vorschlag geltend zu machenden Bedenken werden bestätigt, berücksichtigt man die massive Phalanx der Wirtschaftsverbände gegen die beabsichtigte Beschränkung der Vorschrift. In einer Anhörung im wirtschaftspolitischen Ausschuß am 8.Dezember 1971 (479) wandten sich bis auf den DGB, die DAG und die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände alle befragten führenden Verbände der deutschen Wirtschaft gegen eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 5 b RegE GWB auf kleine und mittlere Unternehmen. Befragt wurden der DIHT, der BDI, die ASU, die Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, der BGA, der Bundesverband deutscher Banken, der Deutsche Sparkassen- und Giroverband, der Deutsche Raiffeisenverband und der Deutsche Genossenschaftsverband (480).

Ein Vergleich zwischen dem Regierungsentwurf und dem SPD-Vorschlag ergibt, daß der Regierungsentwurf auch die Fälle deckt, in denen kleine und mittlere Unternehmen zur Erhaltung ihrer Selbständigkeit mit Großunternehmen kooperieren wollen. Aufgrund mehrerer Äußerungen sachverständiger Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums sei diese Möglichkeit solange ungefährlich, als der Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt

---

478. Ähnlich I.SCHMIDT, in: Marktwirtschaft 1970, Heft 4, S.22: § 1 gilt nicht..., wenn dadurch die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen gefördert wird und die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen nicht wesentlich beeinflußt werden.
479. Ausschuß für Wirtschaftspolitik, VI.Deutscher Bundestag, Sitzungsprotokoll Nr.53 vom 8.Dezember 1971, Anhörung von Wirtschaftsverbänden.
480. Vgl. Gegenvorschlag des DIHT zur 2.Kartellgesetznovelle, in: WRP 1973, Heft 4, S.191 ff.: Deutscher Industrie- und Handelstag zur Wettbewerbspolitik; s. auch Groß- und Außenhandel zur Wettbewerbspolitik, a.a.O., S.193/194, BGA:"Die Beschränkung der Kooperationserleichterung auf bestimmte Unternehmensgrößen wird nicht für zweckmäßig gehalten"; BDI, in: Handelsblatt, Jg.28 Nr.28, vom 8. 2.1973, S.1: Die vorgeschlagene Novellierung stelle eine wesentliche Verschlechterung im Verhältnis zur kartellfreien Kooperation auf der Basis der Kooperationsfibel dar.

werde. Für die Aufrechterhaltung solcher Art von Kooperationen besteht allerdings keine wettbewerbspolitisch zu rechtfertigende Begründung außer der, daß sie eine Konzession an die Forderungen der Wirtschaftsverbände bedeutet. Darüberhinaus beinhaltet die Zulässigkeit dieser Zusammenschlüsse einen starken Eingriff in die Grundstruktur des GWB, das nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalten aufgebaut ist. Hält man bereits die kartellähnliche Zusammenarbeit von Großunternehmen mit kleineren Partnern grundsätzlich für zulässig, gibt es keinen vernünftigen Grund dagegen, auch die Zusammenarbeit von Großunternehmen untereinander für erlaubt zu erklären, sofern sie nicht den Wettbewerb wesentlich beeinträchtigen. Damit wäre die Umkehrung des Verbotsprinzips in die grundsätzliche Zulässigkeit von Kartellen vollends erreicht.

Ist deshalb die Einführung fester Grenzwerte unbedingte Voraussetzung für eine wettbewerbspolitisch ungefährliche Einführung des § 5 b RegE GWB, fragt es sich, wie die Grenzen festzusetzen sind.

Seitens des Bundeskartellamtes steht zur Präzisierung des § 5 b RegE GWB folgende Ergänzung der Vorschrift zur Diskussion: Die beteiligten Unternehmen dürfen zusammen nicht mehr als 20% Marktanteil erreichen und zusammen nicht mehr als 10.000 Beschäftigte oder nicht mehr als 500 Mio DM Umsatzerlöse haben. Kein beteiligtes Unternehmen darf allein mehr als 40% dieser Grenzen erreichen.

Bei diesem Vorschlag bleibt das Verhältnis der kooperierenden Unternehmen zu dem oder den marktbeherrschenden Großunternehmen unberücksichtigt, zu dessen oder deren Abwehr sich kleine oder mittlere Unternehmen zusammenschließen. Dieses Verhältnis muß zusätzlich in den Wortlaut der Vorschrift einbezogen werden.

Deshalb ist es unzureichend, z.B. eine Orientierung an der Legaldefinition der Marktbeherrschung in § 22 RegE GWB vorzunehmen, wonach ein Unternehmen marktbeherrschend sein soll, "wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat." Nach § 22 Abs.1 S.3 RegE GWB wird Marktbeherrschung vermutet, wenn das Unternehmen

"für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von mindestens 40 vom Hundert und keiner seiner Wettbewerber auf diesem Markt einen Anteil von mehr als 10 vom Hundert hat".

Diese für die Marktbeherrschung gezogenen Grenzen könnten umgekehrt für die leistungssteigernde Kooperation verwandt werden, so daß die zusammenarbeitenden Unternehmen auf keinen Fall mehr als 40% Marktanteil erreichen dürften.

Gerade unter Einbeziehung des marktbeherrschenden Gegners in den Versuch einer Grenzziehung verlieren exakte Anteilswerte ihre Relevanz. Es erscheint unvollkommen, einer Kooperation die Grenze von 20% vorzuschreiben, wenn der wettbewerbsgefährdende Marktpartner einen Marktanteil von 70% besitzt. Deshalb sind die Marktanteilskriterien in Relation zum betreffenden abzuwehrenden Gegner festzusetzen.

Es wird deshalb vorgeschlagen, Kooperationen zuzulassen, die bis zu 2/3 des Marktanteils des oder der jeweiligen korrespondierenden marktbeherrschenden Großunternehmen erreicht, wobei 40% Marktanteil nicht überschritten werden dürfen, wenn keiner der kleineren Wettbewerber einen Anteil von mehr als 10% hat.

Dabei geben die Werte keine festen Orientierungsdaten, sondern nur Richtwerte an, die in Änderungsvorschlägen in etwa eingehalten werden sollten und entsprechend neuer Erkenntnisse variabel sind.

Durch diesen Änderungsvorschlag wird einem Strukturfaktor, dem Marktanteil, besondere Bedeutung beigemessen. Dies erscheint zutreffend, weil ein Zusammenhang zwischen Marktstruktur und Marktverhalten besteht. Je mehr Macht ein Unternehmen, gemessen an der Marktstruktur, innehat, desto weniger wahrscheinlich ist ein wettbewerbliches Marktverhalten. Insofern ist es gerechtfertigt, bei wettbewerbspolitischen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs an die Marktstruktur oder einzelne Marktstrukturaspekte wie den Marktanteil anzuknüpfen.

Da weder in anderen europäischen noch in außereuropäischen Kartellrechten eine dem § 5 b RegE GWB entsprechende Vorschrift enthalten ist, können auch ihnen keine Formulierungshinweise entnommen werden. Unter Berücksichtigung aller notwendigen Voraussetzungen und bei Abstellung auf den Gesetzeszweck erscheint deshalb der oben genannte Änderungsvorschlag angemessen.

4. Vorschlag einer Neuformulierung des § 5 b RegE GWB

Als Änderungsvorschlag ist in Erwägung zu ziehen, § 5 b RegE GWB in Form eines § 1 a als generelle Bagatellausnahme zu formulieren, die lauten könnte:

> § 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die zu einer nur unwesentlichen Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse geeignet sind.

Dieser Vorschlag steht im wirtschaftspolitischen Ausschuß zur Zeit ebenfalls zur Diskussion.

Die mit § 5 b RegE GWB zu verwirklichende Zielvorstellung kann nicht als generelle Ausnahme von § 1 gefaßt werden, da sie nicht alle Koordinierungsfälle unwesentlicher Art erfassen soll, sondern nur die mit der besonderen Zielrichtung der Abwehr wettbewerbsgefährdender Großunternehmen. Solange in § 1 die Inter-partes-Theorie vertreten wird, sind die mit § 5 b RegE GWB bezweckten Kartelle nicht in der Form einer grundsätzlichen Ausnahme zu erfassen, ohne die Systematik der §§ 1-8 GWB zu durchbrechen.

Als Neufassung des § 5 b RegE GWB wird deshalb vorgeschlagen:

> § 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch eine andere als die in § 5 a bezeichnete Art der Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen zum Gegenstand haben, wenn dadurch die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großbetrieben oder großbetrieb-

lichen Unternehmensform gefördert wird und damit keine Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind, die über diesen Zweck hinausgehen. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die kooperierenden Unternehmen nicht mehr als 2/3 des Marktanteils eines oder mehrerer marktstarker Großunternehmen auf dem betreffenden Markt erreichen, wobei 40% Marktanteil nicht überschritten werden dürfen, wenn dritte Unternehmen nicht mehr als 10% Marktanteil besitzen.

A n h a n g

Im Folgenden sind exemplarisch 8 von bisher 26 beantragten Wettbewerbsregeln aufgeführt, von denen 19 eingetragen, 3 einer rechtlichen und wirtschaftlichen Prüfung beim Bundeskartellamt unterliegen und 4 zurückgenommen wurden. Sie werden unter Berücksichtigung aller Änderungen in der Form der Bekanntmachung durch das Bundeskartellamt wiedergegeben, wobei durch die Kenntlichmachung geänderter oder gestrichener Regeln von der üblichen Form der Bekanntmachung abgewichen wird.
Die Auswahl der zitierten Wettbewerbsregeln erfolgte nach den in ihnen geregelten Sachverhalten wie den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit, ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung, Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten, lauterer Werbung usw., die mit der Einführung des Leistungswettbewerbs unter diesen Begriff subsumiert werden sollen.

Bekanntmachung Nr. 12/73
Bundeskartellamt B 2 - 70 11 00 -Y- 70/70

über die Änderung des Antrages des Fachverbandes Hausschornsteinbau e.V., Bonn, auf Eintragung von Wettbewerbsregeln

Vom 19.Februar 1973

Der Fachverband Hausschornsteinbau e.V., Bonn, Geschäftsstelle: 2 Hamburg 33, Lämmersieth 49, hat am 23.März 1970 den Antrag auf Eintragung von Wettbewerbsregeln gestellt. Er hatte bereits früher in dem Verfahren die Wettbewerbsregel § 7 und § 8 geändert. Er hat jetzt die Wettbewerbsregel § 8 erneut und außerdem die Wettbewerbsregel § 4 geändert und am 13.Februar 1973 beantragt, sie zusammen mit den anderen Wettbewerbsregeln in nachstehender Fassung in das Register für Wettbewerbsregeln einzutragen:

Präambel

Um im Bereich des Hausschornsteinbaues, der Hausschornsteininnenbearbeitung und der Hausschornsteinerneuerung einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen, hat der Fachverband Hausschornsteinbau e.V. die folgenden Wettbewerbsregeln aufgestellt:

§ 1
Allgemeine Grundsätze des lauteren Wettbewerbs

1. Im geschäftlichen Verkehr sind die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs einzuhalten. Demzufolge dürfen keine Handlungen vorgenommen werden, die den guten Sitten widersprechen.

2. Den Maßstab für den Begriff der guten kaufmännischen Sitten bildet bei der Anwendung dieser Wettbewerbsregeln die gesunde Verkehrsanschauung in Verbindung mit der Berufsauffassung der gerecht denkenden Unternehmer, die zum Bereich des Hausschornsteinbaues, der Hausschornsteininnenbearbeitung und der Hausschornsteinerneuerung gehören.

§ 2

Allgemeine Grundsätze der Preisgestaltung

1. Jedes Unternehmen hat seine Angebotspreise im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften frei, selbständig und selbstverantwortlich zu bilden.
2. Angaben über Preise, Preisbestandteile und Kondition müssen den Grundsätzen der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen.
3. Jedes Unternehmen darf keine Preispolitik betreiben, durch die bewußt verhindert wird, daß die Verpflichtungen des Unternehmens gegenüber dem Staat, den Betriebsangehörigen und den Gläubigern erfüllt werden können.

§ 3

Selbstkostenermittlung vor Preisbildung (Vorkalkulation)

1. Der Abgabe von Preisangeboten soll eine der Sachlage genügende Selbstkostenermittlung (Vorkalkulation) vorausgehen; der Grundsatz der freien Preisbildung (§ 2 Abs.1) wird hierdurch nicht berührt.
2. Eine Selbstkostenermittlung soll die durch die Leistung entstehenden Kosten durch sorgfältige Abschätzung der Mengen- und Wertansätze erfassen.

§ 4 a.F. vom 26.März 1970

Unlautere Preisangebote

Es widerspricht den Grundsätzen eines lauteren Wettbewerbs,

1. Bauleistungen fortgesetzt unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter den Selbstkosten des Unternehmens anzubieten.
2. Angebote bestimmter Mitbewerber planmäßig und rücksichtslos zu unterbieten mit der Absicht, diese vom Markt zu verdrängen und dem Unterbieter dadurch eine marktstarke oder monopolartige Stellung zu verschaffen.

§ 4 n.F.

Preisangebote unter den Selbstkosten

Preisangebote, durch die die Selbstkosten des Anbieters nicht gedeckt werden, verstoßen nicht ohne weiteres gegen gute kaufmännische Sitten; jedoch dürfen Bauleistungen nicht unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter den Selbstkosten des Unternehmens in gemeinschädlicher Weise angeboten werden.

§ 5

Vergabe von Bauleistungen

Es entspricht guter kaufmännischer Sitte, den Auftraggeber auf Mängel in den Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, deren Befolgung baupolizeilichen oder sonstigen gesetzlichen Vorschriften zuwider liefe und geeignet wäre, einzelnen Anbietern einen Wettbewerbsvorsprung vor denjenigen zu verschaffen, die im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen ihre Leistungen anbieten.

§ 6

Werbung

1. Werbe- und Reklamemaßnahmen, insbesondere auf Geschäftspapieren, Prospekten und Firmentafeln, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind unzulässig. Außerdem sind unrichtige und irreführende Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse, über Vorbildung, Befähigung, Erfolge oder Mißerfolge des Unternehmens oder seiner Betriebsangehörigen unzulässig.

2. Es gehört zu den anerkannten Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs, daß keine unrichtigen, herabwürdigenden oder sonst kreditschädigenden und übelwollenden Äußerungen über Mitbewerber, deren Betriebsangehörige oder Leistungen gemacht werden.

§ 7 a.F. vom 26.März 1970

Garantieerklärung für Innenbearbeitung gebrauchter Hausschornsteine

Es widerspricht den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs,

1. eine Garantie für die Innenbearbeitung gebrauchter Hausschornsteine anzupreisen und/oder anzubieten, ohne in der Anpreisung oder dem Angebot gleichzeitig darauf hinzuweisen, daß der Umfang und die Dauer der Garantie von der Beschaffenheit des zu bearbeitenden Objektes abhängt.

2. eine Garantie für die Innenbearbeitung gebrauchter Hausschornsteine für einen längeren Zeitraum anzupreisen, anzubieten und/oder zu gewähren, als der Hersteller für das bearbeitete Material übernommen hat.

3. mit Garantiefristen öffentlich zu werben, die den allgemeinen Geschäftsbedingungen des werbenden Unternehmens nicht entsprechen.

§ 7 n.F.

Garantiefristen für die Innenbearbeitung von Hausschornsteinen

Es widerspricht den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs,

1. eine Garantie für die Innenbearbeitung von Hausschornsteinen über fünf Jahre anzupreisen, ohne gleichzeitig ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß die Übernahme der Garantie von einer vorherigen Prüfung der Beschaffenheit des zu bearbeitenden Objektes abhängig ist,

2. mit Garantiefristen öffentlich zu werben, die den allgemeinen Geschäftsbedingungen des werbenden Unternehmens nicht entsprechen.

§ 8 a.F. vom 26.März 1970

Abwerbung von Arbeitnehmern

Weiter widerspricht es guter Sitte, Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens zum Vertragsbruch zu verleiten, um sie im eigenen Unternehmen zu beschäftigen.

§ 8 a.F. vom 14.Januar 1972

Abwerbung von Arbeitnehmern

Weiter widerspricht es guter Sitte, Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens abzuwerben, um sie im eigenen Unternehmen zu beschäftigen.

§ 8 n.F.

Abwerbung von Arbeitnehmern

Weiter widerspricht es guter Sitte, Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens zum Vertragsbruch zu verleiten, um sie im eigenen Unternehmen zu beschäftigen.

Bekanntmachung Nr. 54/71

Bundeskartellamt B 3 - 71 15 10 -Y- 146/69

über die Eintragung von Wettbewerbsregeln des Bundesverbandes des Deutschen Farbengroßhandels e.V., Düsseldorf, in das Register für Wettbewerbsregeln

Vom 16.Dezember 1971

Auf den Antrag des Bundesverbandes des Deutschen Farbengroßhandels e.V., Düsseldorf, vom 9.März 1970 sind am 13.Dezember 1971 die nachstehenden Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragen worden:

Der Bundesverband des Deutschen Farbengroßhandels e.V. hat, um einen den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb herbeizuführen, für den Vertrieb von Lacken und Farben sowie Malerwerkzeugen und den üblicherweise zum Sortiment des Lack- und Farbengroßhandels gehörenden Artikeln folgende Wettbewerbsregeln aufgestellt:

§ 1

Im geschäftlichen Verkehr sind die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs einzuhalten und Handlungen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, zu unterlassen. Den Maßstab für den Begriff der guten kaufmännischen Sitten bildet die

Verkehrsanschauung in Verbindung mit der Berufsauffassung und dem Anstandsgefühl des billig und gerecht denkenden Gewerbetreibenden.

§ 2

Preisangaben müssen den Grundsätzen der Preiswahrheit und Preisklarheit entsprechen. Die Preispolitik soll im Rahmen einer vernünftigen und verantwortlichen kaufmännischen Geschäftsführung sicherstellen, daß die Verpflichtungen der Unternehmen gegenüber Staat, Betriebsangehörigen und Gläubigern erfüllt werden können.

Die Selbstkosten sollen auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Kalkulation ermittelt werden, die den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betriebes angepaßt sein soll.

Ein systematischer Verkauf unter Selbstkosten mit dem ausschließlichen Ziel, Wettbewerber unbillig zu behindern oder zu vernichten, ist unlauter.

Eine wirksam zustande gekommene Preisbindung ist von den gebundenen Händlern für die Dauer ihrer Verbindlichkeit einzuhalten.

§ 3

Es ist unzulässig

1. Waren, Reparaturen und sonstige Leistungen unter Mißachtung gesunder kaufmännischer Grundsätze unter dem Selbstkostenpreis anzubieten und zu liefern, wenn es nach Beweggründen, Mittel und Zweck als sittenwidrig und daher als unlauter angesehen werden muß,

2. Angebote eines oder mehrerer Mitbewerber planmäßig und rücksichtslos zu unterbieten mit der gezielten Absicht, Mitbewerber zu vernichten, unbillig zu behindern oder dem Unterbieter eine monopolartige Stellung zu verschaffen, wenn dieses Vorgehen nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig und daher als unlauter angesehen werden muß,

3. bei Verkäufen von Waren des täglichen Bedarfs an Letztverbraucher einen Preisnachlaß für Barzahlung (Barzahlungsnachlaß) anzukündigen oder zu gewähren, der drei vom Hundert des Preises der Ware überschreitet, oder Sonderpreise anzukündigen oder zu gewähren, die mit Rücksicht auf die Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden. Der Barzahlungsnachlaß darf nur gewährt werden, wenn die Gegenleistung unverzüglich nach der Lieferung der Ware durch Barzahlung oder in einer der Barzahlung gleichkommenden Weise, insbesondere durch Hingabe eines Schecks oder durch Überweisung erfolgt. Satz 1 gilt nicht in § 9 des Rabattgesetzes genannten Fällen.

4. zum Zwecke der Rechtfertigung eines Preisnachlasses eine Wertminderung herbeizuführen oder vorzugeben.

§ 4

Unzulässig ist das Anbieten, Ankündigen oder Gewähren gesetzlich nicht gestatteter Zugaben.

Erlaubte Zugaben, z.B. geringwertige Kleinigkeiten, Reklamegegenstände von geringerem Wert oder handelsübliches Zubehör, dürfen nicht als unentgeltlich gewährt bezeichnet werden.

Verboten ist es, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes Geschenke oder andere Vorteile anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren, um durch unlauteres Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten zu erlangen.

§ 5

Unzulässig ist es, über geschäftliche Verhältnisse, über die Beschaffenheit, die Verwendungsmöglichkeit, den Ursprung, die Herstellungsart, die Größe und das Gewicht oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezuges, über Anlaß oder Zweck des Verkaufs, über die Menge der Vorräte unrichtige Angaben zu machen, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen oder eine sonstige Irreführung herbeizuführen.

Verstöße gegen öffentlich bekanntgemachte Vorschriften über die Verwendung gefährdender Stoffe oder über die Kennzeichnung von Anstrichmitteln sind unlauter. Soweit derartige Vorschriften, z.B. durch Sonderbestimmungen der Länder territorial verschieden sind, gilt jeweils die im Bereich des Abnehmers gültige Bestimmung.

Die Nachahmung von Namen, Geschäftsbezeichnungen oder Marken von Wettbewerbsfirmen ist unlauter, wenn dadurch eine Verwechselungsgefahr hervorgerufen wird und der Nachahmer die Gefahr der Verwechselung oder einer Beeinträchtigung des Rufes des Mitbewerbers bewußt herbeiführt oder leichtfertig hinnimmt. Dasselbe gilt für jede Ausstattung der Ware und ihre Verpackung und der Geschäftspapiere, die geeignet erscheint, im Verkehr als Kennzeichen der Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb zu dienen.

§ 6

Es ist unlauter, nach Auftragserteilung an einen Mitbewerber auf den Auftraggeber mit dem Ziel der Auftragsentziehung einzuwirken, insbesondere mit der Absicht, den Mitbewerber nachträglich zu unterbieten.

§ 7

Zulässig sind:

1. A u s v e r k ä u f e (gemäß § 7 UWG)

   Als Ausverkäufe dürfen in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, nur solche Veranstaltungen angekündigt werden, die ihren Grund

   a) in der Aufgabe des gesamten Geschäftsbetriebes oder
   b) des Geschäftsbetriebes einer Zweigniederlassung oder
   c) in der Aufgabe einer einzelnen Warengattung

   haben.

Bei der Ankündigung eines Ausverkaufs ist anzugeben, welcher der im Absatz 1 unter a) bis c) genannten Gründe für den Ausverkauf vorliegt. Im Falle zu c) ist die Warengattung anzugeben, auf die sich der Ausverkauf bezieht. Die Vorschriften der Sätze 1 und 2 dieses Absatzes gelten auch für Ankündigungen, die, ohne sich des Ausdrucks "Ausverkauf" zu bedienen, eine der im Absatz 1 bezeichneten Veranstaltungen betreffen.

2. R ä u m u n g s v e r k ä u f e (gemäß § 7 a UWG)

Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, einen Verkauf zum Zwecke der Räumung eines bestimmten Warenvorrats ankündigt, ist gehalten, in der Ankündigung den Grund anzugeben, der zu dem Verkauf Anlaß gegeben hat. Betrifft der Verkauf nur einzelne der in dem Geschäftsbetrieb geführten Warengattungen, so sind in der Ankündigung weiterhin die Warengattungen anzugeben, auf die sich der Verkauf bezieht.

3. Ausverkäufe und Räumungsverkäufe bedürfen hinsichtlich der Anzeigepflicht und Sperrfrist der Beachtung der Bestimmungen der §§ 7 b und 7 c sowie der §§ 8 und 10 UWG.

§ 8

Das Abwerben von Arbeitskräften eines Mitbewerbers durch Verleiten zum Vertragsbruch, durch planmäßig auf Behinderung des Mitbewerbers gerichtetes Verhalten oder durch sonstiges gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßendes Verhalten ist unlauter.

Bekanntmachung Nr. 19/71

Bundeskartellamt B 3 - 71 16 70 -Y- 137/69

über die Eintragung von Wettbewerbsregeln des Fachverbandes des Deutschen Tapetenhandels e.V. in das Register für Wettbewerbsregeln

Vom 2. April 1971

Die Wettbewerbsregeln des Fachverbandes des Deutschen Tapetenhandels e.V., Köln, sind in folgender, geänderter Fassung (vgl. Bekanntmachung Nr. 110/68 vom 8.Oktober 1968 - Bundesanzeiger Nr. 193/1968 -) in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragen worden:

"Präambel

Der Fachverband des Deutschen Tapetenhandels e.V. (FDT) mit dem Sitz in Köln hat die nachfolgenden Wettbewerbsregeln aufgestellt. Die Zielsetzung dieser Wettbewerbsregeln ist, im Tapetenhandel den lauteren Wettbewerb zu fördern und zu schützen und dadurch zugleich einen leistungsgerechten und unverfälschten Wettbewerb zu sichern sowie allen unlauteren geschäftlichen Maßnahmen entgegenzuwirken.

§ 1

Grundsätze des lauteren Wettbewerbs

(1) Handlungen im Geschäftsverkehr, die den guten kaufmännischen Sitten im Tapetenhandel zuwiderlaufen, sind unlauter und zu unterlassen. Die guten kaufmännischen Sitten im Tapetenhandel werden geprägt von der allgemeinen Verkehrsanschauung in Verbindung und Wechselwirkung mit der Standes- und Berufsauffassung der billig und gerecht urteilenden Gewerbetreibenden des Tapetenhandels.

(2) Zum Tapetenhandel zählen außer den Tapetenspezialgeschäften andere der Inneneinrichtung dienende Handelsunternehmen mit Tapetenabteilung wie insbesondere die Farben- und Lackgeschäfte, die Gardinen- und Dekorationsgeschäfte sowie die Bodenbelags- und Teppichgeschäfte.

§ 2

Grundsätze über Preispolitik, Preisbildung und Preisgestaltung

(1) Preise und Bedingungen für den Handel mit Tapeten werden von jedem Unternehmen im Rahmen der durch Gesetz oder rechtlich zulässigen Vertrag auferlegten Bindungen und nach der Maßgabe dieser Wettbewerbsregeln frei, unabhängig und eigenverantwortlich bestimmt.

(2) Die Preispolitik soll im Rahmen einer vernünftigen und verantwortlichen kaufmännischen Geschäftsführung sicherstellen, daß die Verpflichtungen der Unternehmen gegenüber Staat, Betriebsangehörigen und Gläubigern erfüllt werden können.

(3) Zur Kontrolle ihrer entsprechend zu gestaltenden Preispolitik und zum Vergleich mit ihren laufenden Preisangeboten sollen die Unternehmen ihre Selbstkosten ermitteln. Bei der Selbstkostenermittlung sollen nach ordnungsgemäßer kaufmännischer Kalkulation alle Betriebskosten anteilig mit erfaßt werden. Fallen im Rahmen einer Mischkalkulation Betriebskosten auch aus Geschäftszweigen außerhalb des Tapetenhandels an, so können als Erfahrungssatz die umsatzanteiligen Durchschnittsbetriebskosten für den Tapetenhandel nach der Gewinn- und Verlustrechnung während der drei vorausgehenden Geschäftsjahre zugrundegelegt werden.

Durch die Selbstkostenermittlung soll den Unternehmen ein Maßstab für eine verantwortliche Preisbildung gesetzt werden, ohne daß die Unternehmen dadurch in ihrer freien Preisbildung beschränkt werden.

(4) In ihren Preisangaben werden die Unternehmen um bestmögliche Preiswahrheit und Preisklarheit bemüht sein. Sie werden deshalb insbesondere bei der Berechnung Nebenleistungen, die nicht üblicherweise mit dem Warenpreis abgegolten werden, klar herausstellen und gesondert abrechnen, Warenbezeichnung, Qualität und Menge unmißverständlich angeben, Zahlungskonditionen getrennt vom Warenpreis aufführen sowie im Ladengeschäft oder

bei anderen Geschäften des Kleinhandels nur deutlich ausgezeichnete Waren zum Verkauf feilhalten.

§ 3

Unlautere Preisstellung

Mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs bei der Preisstellung sind insbesondere nicht zu vereinbaren:

(1) das Angebot von Waren oder Dienstleistungen unter Selbstkosten, wenn dadurch Grundsätze wirtschaftlicher und verantwortlicher Unternehmensführung bewußt mißachtet werden und ein Wettbewerber durch rücksichtslose Unterbietung behindert werden soll;

(2) der Verkauf zu unangemessen überhöhten Gewinnspannen, wenn diese nur durch Ausnutzung einer irrtümlichen Vorstellung der Kunden über Herkunft und Qualität der Waren erzielt werden können;

(3) der Verkauf zu Preisen, die gebildet sind, um Mitbewerber in unlauterer Weise planmäßig und rücksichtslos zu unterbieten und dadurch zu behindern oder vom Markt zu verdrängen.

§ 4

Preisnachlässe

(1) Preisnachlässe (Rabatte) dürfen nur in Einklang mit erlaubten vertraglichen Bindungen und gesetzlichen Vorschriften angeboten oder gewährt werden. Preisnachlässe sind

- Abzüge von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert,
- Einräumung von Sonderpreisen an bestimmte Abnehmergruppen.

(2) Ein Barzahlungsnachlaß an letzte Verbraucher darf 3 vom Hundert des Preises der Ware oder der Leistung nicht überschreiten und nur gewährt werden, wenn die Gegenleistung ohne Ziel erbracht wird und eine Preisbindung nicht entgegensteht.

(3) Es ist unzulässig, den Anschein eines besonders günstigen Angebots damit erwecken zu wollen, daß handelsübliche Rabatte erhöht werden, wenn mit dieser Erhöhung gleichzeitig eine Erhöhung der zugrunde liegenden Preise verbunden ist.

(4) Für Wertminderungen neuer Waren dürfen keine offensichtlich über den tatsächlichen Minderwert hinausgehenden Preisnachlässe in der Absicht angeboten oder gewährt werden, unlautere Vorteile gegenüber Mitbewerbern zu erlangen.

§ 5

Sonderangebote

Es ist unzulässig, Ware, die wegen nicht marktgängiger Muster aus der laufenden Kollektion herausgenommen worden ist, Ware aus einzelnen Restposten oder eigens hergestellte Schleuderware zu besonders herabgesetzten Preisen unter

der Bezeichnung "Kollektionsware" anzukündigen oder zu verkaufen, wenn diese Bezeichnung irreführend ist.

§ 6

Koppelungsgeschäfte

Es ist mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht vereinbar, Abschlüsse dadurch herbeizuführen, daß durch Koppelung des Tapetenangebots mit artfremden Waren Abnehmer über Güte und Preiswürdigkeit irregeführt werden.

§ 7

Zugaben und Sonderleistungen

(1) Zugaben sind unzulässig, wenn sie gegen die Bestimmungen der Zugabeverordnung oder anderer Gesetze verstoßen.

(2) Zu den unzulässigen Zugaben und Sonderleistungen zählen insbesondere die kostenlose Überlassung von Tapeziergerät sowie die Beigabe von Klebemitteln.

(3) Geringwertige und erlaubte Zugaben dürfen nicht als unentgeltlich gewährt besonders angezeigt werden.

§ 8

Grundsätze für die Werbung

(1) Werbe- und Reklamemaßnahmen, die gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßen, sind unzulässig. Es darf nicht mit irreführenden oder unrichtigen Angaben über geschäftliche Beziehungen, über die Beschaffenheit von Waren, deren Ursprung, Herstellungsart und Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kollektion, über die Art des Bezugs, über Anlaß und Zweck des Verkaufs sowie über die Menge der Vorräte geworben werden. Die Gegenüberstellung von Vergleichspreisen ohne Berücksichtigung bestehender Qualitätsunterschiede ist untersagt.

(2) Als unzulässige Werbemaßnahmen sind ferner anzusehen:

a) die Anschwärzung von Mitbewerbern, deren Waren oder Leistungen durch unrichtige, herabwürdigende oder sonst kreditschädigende und übelwollende Äußerungen;

b) das Versprechen, Anbieten oder Gewähren von Schmiergeldern jeder Art an Angestellte oder Beauftragte der Abnehmer;

c) die Ausnutzung der Laienwerbung, wenn die Privatpersonen in Aussicht gestellte Vergütung oder Werbeprämie als unangemessenes Entgelt und sachfremdes Reizmittel zur Umsatzsteigerung bemessen ist.

§ 9

Abwerbung von Kunden

Es verstößt gegen die Grundsätze lauteren Wettbewerbs, einem Mitbewerber Kunden abzuwerben, wenn dies durch Verleitung des Kunden zum Vertragsbruch oder durch Veranlassung zu einem sittenwidrigen Verhalten geschieht.

§ 10

Abwerben von Mitarbeitern

Das Abwerben von Mitarbeitern (Angestellte, Arbeiter, Vertreter) eines anderen Unternehmens des Tapetenhandels ist unlauter, wenn es

a) mittels Verleitung zum Vertragsbruch oder

b) planmäßig zum Zweck der Behinderung des Mitbewerbers

oder

c) durch sonstige gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßende Maßnahmen

geschieht.

§ 11

Lauterkeit gegenüber Mitbewerbern

Im Rahmen eines rechtlich zulässigen Erfahrungsaustausches dürfen die beteiligten Gewerbetreibenden Mitbewerbern in Täuschungsabsicht keine falschen Informationen geben und die vertraulich erlangten Kenntnisse nicht mißbrauchen.

Bekanntmachung Nr. 15/69

Bundeskartellamt BM - 72 17 10 -Y- 38/66

über den Antrag auf Eintragung von Wettbewerbsregeln des Fachverbandes Chemigraphie e.V.

Vom 5.Februar 1969

Der Fachverband Chemigraphie e.V., Essen, Max-Reger-Straße 17, hat am 22.August 1968 den Antrag auf Eintragung nachstehender Wettbewerbsregeln gestellt.

Wettbewerbsregeln

des Fachverbandes Chemigraphie e.V.

Präambel

Um einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen, hat der Fachverband Chemigraphie e.V. folgende Wettbewerbsregeln aufgestellt:

Regel 1 (Grundregel)

(1) Im geschäftlichen Verkehr sind die Grundsätze eines lauteren Wettbewerbs einzuhalten und Handlungen zu unterlassen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen.

(2) Den Maßstab für den Begriff der guten kaufmännischen Sitten bildet die gesunde Verkehrsanschauung in Verbindung mit der Berufsauffassung aller billig und gerecht denkenden Unternehmer im Bereich der chemigraphischen Branche der Bundesrepublik Deutschland.

Regel 2 (Grundsätze der Preisgestaltung)

(1) Jeder Unternehmer hat seine Angebotspreise im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften frei, selbständig und selbstverantwortlich zu bilden.

(2) Angaben über Preise und Preisbestandteile müssen dem Grundsatz der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen.

(3) Der Unternehmer darf keine Preispolitik betreiben, durch die bewußt verhindert wird, daß die Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber dem Staat, der Belegschaft des Betriebes und den Gläubigern erfüllt werden können.

Regel 3 (Selbstkostenermittlung vor Preisbildung - Vorkalkulation)

(1) Der Abgabe von Preisangeboten soll eine der Sachlage genügende Selbstkostenermittlung vor Preisbildung (Vorkalkulation) vorausgehen. Der Grundsatz der freien Preisbildung (Regel 2 Abs.1) wird hierdurch nicht berührt.

(2) Die Selbstkostenermittlung vor Preisbildung hat die durch die Leistung entstehenden Kosten durch sorgfältige Abschätzung der Wertansätze zu erfassen.

Regel 4 (Preisangebote unter den Selbstkosten)

(1) Angebote von Leistungen unter Selbstkosten sind unzulässig, wenn sie unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und ohne sachlich gerechtfertigten Grund in gemeinschädlicher Weise erfolgen.

(2) Angebote von Leistungen unter Selbstkosten sind insbesondere unzulässig,

a) wenn der Leistungsgegenstand die von Abnehmern allgemein erwartete branchenübliche Durchschnittsqualität nicht erreicht;

b) wenn sie bei Abnehmern die irrige Vorstellung bewirken können, das Angebot sei der Regel 3 entsprechend vorkalkuliert und daher kostendeckend und es auf diese Weise geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.

Regel 5 (Vernichtungsunterbietung)

Unzulässig ist es, die Angebote von Mitbewerbern in der Absicht oder zu dem Zweck zu unterbieten, diese vom Markt zu verdrängen, um freie Bahn für den eigenen Absatz zu gewinnen oder den Preis allein bestimmen zu können.

Regel 6 (Qualitätstäuschung)

Unzulässig ist es, durch Unterbieten der Angebotspreise eines Mitbewerbers bei einem Abnehmer den Anschein zu erwecken, er erhalte um einen geringeren Preis eine qualitativ gleiche Leistung, wenn der Leistungsgegenstand des Anbieters die branchenübliche und die von den Abnehmern allgemein erwartete Qualität erreicht.

Regel 7 (Irreführung durch Preisnachlässe)

Unzulässig ist es, Preisnachlässe zu versprechen oder zu gewähren, die beim Abnehmer den unrichtigen Eindruck hervorrufen können, daß der herabgesetzte Preis unter den vom Anbieter allgemein geforderten Preisen für gleiche Leistung liegt.

Bekanntmachung Nr. 61/68

Bundeskartellamt BM - 71 11 50 -Y- 17/67

über die Eintragung von Wettbewerbsregeln des Bundes Deutscher Baustoffhändler e.V. in das Register für Wettbewerbsregeln

Vom 28. Mai 1968

Die Wettbewerbsregeln des Bundes Deutscher Baustoffhändler e.V. sind nach Abänderung der §§ 5 b, 6, 7, 8, 9 Abs.3 und 10 Abs.2 b am 24.Mai 1968 in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragen worden.

Präambel

Um Verstößen gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs entgegenzuwirken und durch den Schutz und die Förderung des lauteren Wettbewerbs auch einen leistungsgerechten Wettbewerb im Baustoffhandel zu schützen und zu fördern, hat der Bund Deutscher Baustoffhändler e.V. in Bonn folgende Wettbewerbsregeln aufgestellt.

§ 1

Lauterkeit im Wettbewerb
und gute kaufmännische Sitten

(1) Im geschäftlichen Verkehr sind die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs einzuhalten.

(2) Handlungen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, dürfen nicht vorgenommen werden.

Den Maßstab für den Begriff der guten kaufmännischen Sitten bei der Anwendung dieser Wettbewerbsregeln bildet die gesunde Verkehrsanschauung in Verbindung mit der Berufsauffassung der billig und gerecht denkenden Unternehmer, die zum Bereich des Baustoffhandels gehören.

§ 2

Allgemeine Grundsätze der Preisbildung und -politik

(1) Jedes Unternehmen bildet seine Verkaufspreise und Verkaufsbedingungen im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften und dieser Wettbewerbsregeln frei, selbständig und selbstverantwortlich.

(2) Die Preispolitik des Unternehmens hat nach den Grundsätzen einer kaufmännisch vernünftigen und anständigen Unternehmensführung zu erfolgen, um sicherzustellen, daß die Aufgaben des Baustoffhandels in der Wirtschaft und die Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber Staat, Betriebsangehörigen und Gläubigern erfüllt werden können.

§ 3

Selbstkostenermittlung vor Preisbildung
(Vorkalkulation)

(1) Der Abgabe von Preisangeboten soll zum Zwecke der Selbstkontrolle eine der Sachlage genügende Selbstkostenermittlung (Vorkalkulation) vorausgehen; der Grundsatz der freien Preisbildung (§ 2 Abs.1) wird hierdurch nicht berührt.

(2) Eine Selbstkostenermittlung soll die durch die Handelsleistung entstehenden Kosten sorgfältig erfassen.

§ 4

Preisklarheit und -wahrheit

Die Preisangaben müssen den Grundsätzen der Preiswahrheit und Preisklarheit entsprechen, insbesondere sollen z.B.

- die Nebenleistungen klar herausgestellt und deutlich bezeichnet,
- der Warenpreis getrennt von den Zahlungsbedingungen angegeben und
- die Qualität der angebotenen Ware unzweideutig bezeichnet werden.

§ 5

Unlautere Preisangebote

Es widerspricht den Grundsätzen eines lauteren Wettbewerbs,

a) Waren fortgesetzt unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter den Selbstkosten des Unternehmens anzubieten, oder

b) Angebote bestimmter Mitbewerber planmäßig und rücksichtslos zu unterbieten mit der Absicht oder Wirkung, diese vom Markt zu verdrängen und dem Unterbieter eine marktstarke oder monopolartige Stellung zu verschaffen.
A.F. vom 5.Mai 1967

eingefügt wurden hinter die Worte

"mit der Absicht oder"

die Worte "der in Kauf genommenen".

§ 6 a.F.vom 5.Mai 1967

Wettbewerbsverstöße nach Auftragserteilung

Es ist unlauter, nach Auftragserteilung an einen Mitbewerber auf den Auftraggeber mit dem Ziel der Auftragsentziehung einzuwirken oder den Mitbewerber nachträglich zu unterbieten.

§ 6 n.F.

Es ist unlauter, nach Auftragserteilung Mitbewerber mit der Absicht der Auftragsentziehung oder sonstiger Schädigung zu unterbieten oder mit dieser Absicht in sonstiger Weise auf den Auftraggeber einzuwirken.

§ 7 a.F.vom 5.Mai 1967

Wettbewerbsfälschungen durch Kopplungsgeschäfte

Es widerspricht den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs, Kaufverträge mit Abnehmern abzuschließen, die zur Auftragserteilung nur durch sachlich ungerechtfertigten wirtschaftlichen Druck gezwungen wurden.

§ 7 n.F.

Es widerspricht den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs, wenn eine Baustoffhandlung beim Abschluß von Kaufverträgen sachlich ungerechtfertigten wirtschaftlichen Druck ausnutzt, den ein mit ihr verbundenes Unternehmen auf den Abnehmer ausübt. Als sachlich gerechtfertigt ist es anzusehen, wenn zwischen dem Auftrag und dem Kauf ein sachlicher Zusammenhang besteht.

§ 8 a.F. vom 5.Mai 1967

Lockvogelangebote und Mischkalkulation

Es ist unlauter,

a) Waren mit einem erheblichen Preisnachlaß anzubieten, wenn die mit dem Preisnachlaß angebotenen Waren nicht oder nur in einer im Verhältnis zur Nachfrage unzureichenden Menge vorhanden sind, oder

b) den Abnehmern durch einige besonders billige Angebote vorzutäuschen, daß alle anderen Angebote ebenso niedrig kalkuliert seien.

§ 8 n.F.

Es ist unlauter,

a) Waren mit einem erheblichen Preisnachlaß anzubieten, wenn die Abnehmer durch die Form der Ankündigung über die vorhandene Warenmenge getäuscht werden oder

b) durch die Form der Ankündigung einiger besonders preisgünstiger Angebote den Anschein einer besonderen Leistungsfähigkeit zu erwecken und dadurch vorzutäuschen, daß alle übrigen Angebote ebenso preisgünstig kalkuliert sind.

§ 9

Zugaben und Rabattgestaltung

(1) Das Anbieten und Gewähren von Rabatten oder Zugaben, die gegen die Bestimmungen des Rabattgesetzes oder der Zugabeordnung verstoßen, ist unstatthaft.

(2) Unzulässig ist es ferner, um den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, Rabatte zu erhöhen, wenn die Rabatterhöhung gleichzeitig durch eine entsprechende Erhöhung der Preise ausgeglichen wird.

(3) Das Angebot oder die Gewährung von Mengenrabatten oder sonstiger Vergütungen für die Mengenabnahme oder die Duldung entsprechender Abzüge seitens des Kunden ist unzulässig, soweit derartige Nachlässe sachlich ungerechtfertigt und nicht handelsüblich sind.
A.F. vom 5.Mai 1967

n.F. (3) Es widerspricht den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs, fortgesetzt und ohne sachlich gerechtfertigten Grund Mengennachlässe, gleich welcher Art, zu gewähren, die erheblich über die mit der Abnahme verbundene Kostendegression hinausgehen, um dadurch Wettbewerber zu einem bestimmten Marktverhalten zu zwingen oder vom Markt zu verdrängen.

§ 10

Werbung

(1) Werbe- und Reklamemaßnahmen, die gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßen, sind unzulässig. Insbesondere dürfen bei der Werbung und Auftragsabwicklung keine unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse, vor allem über Lagerhaltung, die Beschaffenheit und Verwendungsmöglichkeiten der Ware, über Menge, Größe, Gewicht, Arten und Sorten oder über die Preisbemessung gemacht werden.

(2) Gegen die Grundsätze lauteren Wettbewerbs verstoßen ferner

a) unrichtige, herabsetzende oder sonstige kreditschädigende Äußerungen über Mitbewerber, deren Waren oder Leistungen,

b) das Gewähren, Versprechen oder Inaussichtstellen von Vergütungen, Abzügen, Geschenken, Schmiergeldern oder anderen Vorteilen an Abnehmer und Angestellte oder Beauftragte des Abnehmers.
A.F. vom 5.Mai 1967

n.F. (2) b) das Zuwenden von Geschenken an Abnehmer, um Aufträge von ihnen zu erhalten und das Gewähren, Versprechen oder Inaussichtstellen von Vergünstigungen, Geschenken, Schmiergeldern oder anderen Vorteilen an Mitarbeiter oder Beauftragte des Abnehmers. Ausgenommen sind verkehrsübliche Gelegenheitsgeschenke.

§ 11

Abwerben von Arbeitnehmern

Das Abwerben von Arbeitskräften eines Mitbewerbers durch Verleiten zum Vertragsbruch, durch planmäßig auf Behinderung des Mitbewerbers gerichtetes Verhalten oder durch sonstiges gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßendes Verhalten ist unlauter.

Bekanntmachung Nr. 5/68

Bundeskartellamt BM - 68 73 51 -Y- 24/66

über die Eintragung von Wettbewerbsregeln der Bundesvereinigung der Deutschen Hefeindustrie, Hamburg-Sasel, in das Register für Wettbewerbsregeln

Vom 15. Januar 1968

Auf den Antrag der Bundesvereinigung der Deutschen Hefeindustrie, Hamburg-Sasel, vom 10.Februar 1964 sind am 10.Januar 1968 die Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln mit folgendem Wortlaut eingetragen worden:

Präambel

Die Bundesvereinigung der Deutschen Hefeindustrie hat die nachfolgenden Wettbewerbsregeln aufgestellt. Ihr Zweck ist es, auf dem Hefemarkt Handlungen, die wettbewerbsrechtlich unzulässig, insbesondere mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht vereinbar sind, entgegenzuwirken und den unverfälschten Leistungswettbewerb sicherzustellen.

§ 1

Grundsätze des lauteren Wettbewerbs

1) Im Geschäftsverkehr sind die Grundsätze eines lauteren Wettbewerbs einzuhalten.

2) Handlungen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, sind unlauter und im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen. Den Maßstab für den Begriff der guten kaufmännischen Sitten bildet die gesunde Verkehrsanschauung in Verbindung mit der beruflichen Auffassung der billig- und gerechtdenkenden Unternehmen, die zum Bereich der deutschen Hefeindustrie gehören.

§ 2

Grundsätze der Preisbildung und Preisgestaltung

1) Das gesamte Preisgefüge für Backhefe muß im Rahmen einer kaufmännisch vernünftigen Unternehmensführung gewährleisten, daß die Verpflichtungen des Unternehmens gegenüber dem Staat, der Belegschaft des Betriebes und den Gläubigern erfüllt werden können.

2) Die Angaben über die Preise müssen den Grundsätzen der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen.

Die Rechnungserteilung darf nicht über den wahren Preis irreführen. Eine unzulässige Preisverschleierung liegt insbesondere dann vor, wenn die tatsächliche Preisforderung bewußt von den in den Verkaufsbelegen ausgewiesenen Verkaufspreisen abweicht, es sei denn, daß über die Differenz die im Geschäftsverkehr üblichen Belege erteilt werden.

§ 3

Unlautere Preisgestaltung

1) Unterbietungen zum Zwecke der Verdrängung oder Vernichtung von Wettbewerbern widersprechen den Grundsätzen der §§ 1 und 2.

2) Ein Beweiszeichen für das Vorliegen eines Verdrängungs- oder Vernichtungswettbewerbs ist es, wenn ohne sachlich gerechtfertigten Grund regelmäßig unter Selbstkosten und gleichzeitig erheblich unter dem Preis der Mitbewerber verkauft wird.

Die Selbstkosten umfassen die gesamten Kosten für die Herstellung, Verpackung, den Vertrieb sowie die anteiligen Gemeinkosten.

§ 4

Unzulässige Werbung

1) Jede Werbung mit irreführenden oder unrichtigen Angaben ist unzulässig. Unzulässig ist insbesondere eine Werbung mit:

a) Preisangaben, die nicht mit den Grundsätzen von Preiswahrheit und Preisklarheit übereinstimmen,

b) unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Lagerhaltung, Beschaffenheit, Verwendungsmöglichkeit sowie Gewicht, Trockensubstanzgehalt und Triebkraft der vertriebenen Hefe,

c) herabsetzenden, kreditschädigenden oder sonstigen wettbewerbsfremden Äußerungen über bestimmte Mitbewerber, deren Leistungen oder geschäftliche Verhältnisse.

2) Probehefe darf zu Werbezwecken nur bei Einführung einer qualitativ neuartigen Backhefe in einem angemessenen Umfange abgegeben werden. Als angemessen gilt die Menge, die erforderlich ist, um die Backhefe auf ihre Eigenschaften überprüfen zu können; in der Regel ist dafür eine einmalige Backprobe ausreichend.

3) Die Übersendung oder Übergabe von nicht bestellter Hefe außerhalb der laufenden Geschäftsverbindungen ist unzulässig, soweit es sich nicht um Probehefe handelt.

4) Für die Anbringung von Werbung auf Kundenkraftfahrzeugen dürfen nur die Anbringungskosten und ein angemessenes Entgelt übernommen werden.

§ 5

Zulässige Werbegeschenke

1) Werbegeschenke an Kunden sind nur zulässig, soweit es sich um Reklamegegenstände von geringem Wert handelt, die durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Werbebezeichnung gekennzeichnet sind.

2) Zu besonderen geschäftlichen Anlässen, z.B. Geschäftsjubiläen, können kleine angemessene Zuwendungen gewährt werden.

§ 6

Unzulässige Zuwendungen und Nebenleistungen

Im Interesse der Förderung des Leistungswettbewerbs sind folgende beispielhaft aufgeführte Nebenleistungen, die zur unsachgemäßen Beeinflussung geeignet sind, unzulässig:

1) Geld- und Sachspenden an Abnehmer, berufsständische, gesellige, soziale oder kulturelle Zusammenschlüsse und Organisationen der Abnehmer, deren Angestellte oder Beauftragte.

Ausgenommen hiervon sind die in § 5 Abs.2 geregelten Zuwendungen,

2) die Übernahme von Beitragsleistungen oder sonstigen Verpflichtungen des Kunden gegenüber berufsständischen, geselligen, sozialen (z.B. Krankenkassen, Sterbekassen usw.) oder kulturellen Organisationen des Kunden,

3) Vergütungen oder sonstige Vorteile irgendwelcher Art an Abnehmer, deren Angestellte oder Beauftragte sowie Dritte, die über ein angemessenes Entgelt für eine echte Vermittlung hinausgehen,

4) verlorene Geldleistungen, z.B. Pachtzuschüsse, Bauzuschüsse, Zuschüsse zum Ankauf und zur Unterhaltung von Grundstücken, Maschinen, Kraftfahrzeugen etc.,

5) Gewährung von Darlehen, die zinslos oder zu einem Zinssatz gegeben werden, der die üblichen Bankzinsen wesentlich unterschreitet,

6) die Gestellung von Fahrzeugen, Personal, Räumlichkeiten, Anlagen oder sonstigem Gerät, sofern nicht für diese Leistung ein angemessenes Entgelt berechnet und entrichtet wird,

7) Aufwendungen bei Betriebsbesichtigungen, Finanzierung von Reisen, auch zum Besuch einer Hefefabrik.

Ausgenommen hiervon sind:

a) eine einfache Bewirtung,die nur im unmittelbaren Zusammenhang mit der Betriebsbesichtigung stehen darf, nicht jedoch ein ersatzweise gegebenes Barentgelt,

b) die Beförderung von und zu der nächstgelegenen Bahnstation,

8) die unentgeltliche Abgabe von Verpackungsmaterial (Einwickler, Kartons usw.) zur Selbstauspfundung seitens des Kunden,

9) Schwundsätze bei der Lieferung von Hefe in gepfundetem Zustand, in Fässern oder Beuteln über 2 % des Gewichts,

10) die Zulässigkeit und Unzulässigkeit anderer Nebenleistungen richtet sich nach der Zugabe-Verordnung.

§ 7

Verhalten zu Mitbewerbern

Wer sich zu einem rechtlich zulässigen Erfahrungsaustausch bereit erklärt, darf Mitbewerbern in Täuschungsabsicht keine falschen Informationen geben.

§ 8

Abwerben von Kunden

Das Abwerben von Kunden einer anderen Hefefabrik ist unlauter, wenn es durch Verleiten zum Vertragsbruch oder durch sonstiges gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßendes Verhalten geschieht.

§ 9

Abwerben von Arbeitnehmern

Das Abwerben von Arbeitnehmern einer anderen Hefefabrik ist unlauter, wenn es durch Verleiten zum Vertragsbruch oder durch sonstiges gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßendes Verhalten geschieht.

Bekanntmachung Nr. 115/66

Bundeskartellamt E 1 - 30/63

über die Eintragung von Änderungen der Wettbewerbsregeln des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V. in das Register für Wettbewerbsregeln

Vom 14. November 1966

Die am 29.April 1963 in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragenen (vgl. Bekanntmachung Nr. 28/63 vom 30.April 1963 - Bundesanzeiger Nr. 88 vom 11.Mai 1963 -) und am 19.Mai 1964 geänderten Wettbewerbsregeln (vgl. Bekanntmachung Nr. 32/64 vom 1.Juni 1964 - Bundesanzeiger Nr. 106 vom 12.Juni 1964 -) sind auf Grund des nunmehr rechtskräftigen Beschlusses des Kammergerichts vom 29.Juni 1965 - Kart V 6 u. 11/64 - nochmals geändert worden und erhalten nunmehr folgenden Wortlaut:

Präambel

Um einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen, hat der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. die nachstehenden Wettbewerbsregeln aufgestellt:

Regel 1: Grundsatz lauteren Wettbewerbs

(1) Im geschäftlichen Verkehr dürfen keine gegen die guten kaufmännischen Sitten verstoßenden Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommen werden.

(2) Den Maßstab für den Begriff der guten kaufmännischen Sitten bildet bei der Anwendung dieser Wettbewerbsregeln die gesunde Verkehrsanschauung in Verbindung mit der Berufsauffassung der billig und gerecht denkenden Unternehmer, die zum Bereich der bauausführenden industriellen Wirtschaft gehören.

Regel 2: Grundsätze der Preisgestaltung

(1) Jeder Unternehmer hat seine Angebotspreise im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften frei, selbständig und selbstverantwortlich zu bilden.

(2) Die Preisgestaltung des Unternehmers muß dem Grundsatz der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen.
A.F. vom 20.Juli 1962

n.F. (2) Angaben über Preise, Preisbestandteile und Konditionen müssen den Grundsätzen der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen.

(3) Der Unternehmer darf keine Preispolitik betreiben, durch die bewußt verhindert wird, daß die Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber dem Staat, der Belegschaft des Betriebes und den Gläubigern erfüllt werden können.

Regel 3: Selbstkostenermittlung vor Preisbildung (Vorkalkulation)

(1) Der Abgabe von Preisangeboten muß eine der Sachlage genügende Selbstkostenermittlung vor Preisbildung (Vorkalkulation) vorausgehen; der Grundsatz der freien Preisbildung (Regel 2 Abs.1) wird hierdurch nicht berührt.
A.F. vom 20.Juli 1962

Regel 3 Abs.1 (Selbstkostenermittlung vor Preisbildung) ist gelöscht worden.

(2) Eine Selbstkostenermittlung vor Preisbildung soll die durch die Leistung entstehenden Kosten durch sorgfältige Abschätzung der Mengen- und Wertansätze erfassen.

Regel 4: Preisangebote unter den Selbstkosten

Preisangebote, durch die die Selbstkosten des Anbieters nicht gedeckt werden, verstoßen nicht ohne weiteres gegen gute kaufmännische Sitten; jedoch dürfen Bauleistungen nicht unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter den Selbstkosten des Unternehmens in gemeinschädlicher Weise angeboten werden.

Regel 5: Unwahre und irreführende Preisgestaltung

(1) Es widerspricht den in den Regeln 1 und 2 festgelegten Grundsätzen, Angebote abzugeben, die geeignet sind, den Auftraggeber über das Verhältnis des Preises zur Leistung dadurch irrezuführen, daß den Angeboten mit Hilfe von Rechenfehlern oder sonstigen Machenschaften der Anschein einer besonders günstigen Preisstellung gegeben wird.
A.F.vom 20.Juli 1962

Es wurden die Worte

"Rechenfehlern oder sonstigen"

gestrichen.

(2) Es entspricht andererseits guter kaufmännischer Sitte, den Auftraggeber auf Mängel in den Verdingungsunterlagen, die zu einer unwahren oder unklaren Preisgestaltung führen könnten, hinzuweisen.

Regel 6: Vergabe von Bauleistungen

Es dient einem lauteren Verhalten im Wettbewerb und der Verwirklichung des Leistungswettbewerbs auf dem Baumarkt, wenn ein Unternehmer in Fällen, in denen die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A Anwendung findet, dazu beiträgt, daß die Regeln der VOB/A von allen Beteiligten auch tatsächlich eingehalten werden, indem er den Auftraggeber in rechtlich zulässiger Weise auf Abweichungen von diesen Regeln aufmerksam macht, die geeignet sind, einzelnen Anbietern einen sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen.

Regel 7: Irreführende Werbung

Die Werbung mit unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die eigene Leistungsfähigkeit und Preisbemessung, ist zu unterlassen. Unzulässig sind ferner unrichtige oder irreführende Angaben über Vorbildung, Befähigung, Erfolge oder Mißerfolge eines Unternehmers oder der für ihn tätigen Personen. Es widerspricht insbesondere guter kaufmännischer Sitte, auf einen Auftraggeber durch unwahre, herabsetzende oder kreditschädigende Äußerungen über Mitbewerber oder durch unwahre Hinweise auf Schwierigkeiten bei der Auftragausführung durch Mitbewerber zu dem Zweck einzuwirken, daß ein Auftrag nicht erteilt oder wieder entzogen wird.

Regel 8: Sittenwidrige Abwerbungen

Es widerspricht guter kaufmännischer Sitte, Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens zum Vertragsbruch zu verleiten, um sie im eigenen Unternehmen zu beschäftigen.

Bekanntmachung Nr. 67/59

Bundeskartellamt B 2 - 71 28 80 -Y- 10/58

über einen Antrag auf Eintragung von Wettbewerbsregeln des Bundesverbandes des Deutschen Kohleneinzelhandels e.V., Bad Godesberg (§ 32 Abs.1 Nr.1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB -).

Vom 28.Oktober 1959.

Der Bundesverband des Deutschen Kohleneinzelhandels e.V. (Bundesverband), Bad Godesberg, hat am 16.Mai 1958/23.März 1959 den Antrag auf Eintragung von Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln gestellt. Dieser Antrag ist durch Bekanntmachung des Bundeskartellamtes Nr. 19/59 vom 9.April 1959 im Bundesanzeiger Nr. 76 vom 22.April 1959 bekanntgemacht worden.

Auf Grund von Verhandlungen im Bundeskartellamt hat der Bundesverband die Wettbewerbsregeln geändert und am 5.Oktober 1959 beantragt, die Wettbewerbsregeln in der nachstehenden, geänderten Fassung in das Register für Wettbewerbsregeln einzutragen:

Wettbewerbsregeln des Deutschen Kohleneinzelhandels

Um einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen, hat der Bundesverband des Deutschen Kohleneinzelhandels e.V., Bad Godesberg, im Bereich des Kohleneinzelhandels die folgenden Wettbewerbsregeln aufgestellt:

§ 1

Im geschäftlichen Verkehr sind die Grundsätze eines lauteren Wettbewerbs einzuhalten und Handlungen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, zu unterlassen. Den Maßstab für den Begriff der guten kaufmännischen Sitten bildet die gesunde Verkehrsanschauung in Verbindung mit der Berufsauffassung des billig- und gerechtdenkenden Kohleneinzelhandels.

§ 2

Die Preisgestaltung bei Verkäufen ab Lager und frei Verbrauchsstelle muß den Grundsätzen der Preiswahrheit und Preisklarheit sowie den Forderungen ordnungsmäßiger Wirtschaft im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Die Verpflichtungen der Unternehmen gegenüber den Gläubigern, der Belegschaft des Betriebes und dem Staat dürfen nicht böswillig verletzt werden.

Jeder Kohleneinzelhändler hat die jeweils von ihm geforderten Preise nach der Preisauszeichnungsverordnung vom 16.November 1940 in einer Preisliste aufzuführen; die Liste ist an leicht sichtbarer Stelle gut lesbar in den Geschäftsräumen vorher anzubringen.

§ 3

Jeder Kohleneinzelhändler ist berechtigt, seine Verkaufspreise im Rahmen der geltenden Gesetze und Verordnungen frei und selbstverantwortlich zu bilden; es widerspricht jedoch den in §§ 1 und 2 festgelegten Grundsätzen:

1.) Planmäßig Brennstoffe unter Selbstkosten anzubieten oder zu verkaufen, wenn diese Preisgestaltung nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig angesehen werden muß und dadurch gesunde kaufmännische Grundsätze mißachtet werden. Selbstkosten sind der Preis ab Zeche, Grube oder Umschlagplatz, die Fracht, die Anfuhrkosten zum Lager des Händlers, der Gewichtsverlust und die Anfuhrkosten zur Verbrauchsstelle, soweit diese Kosten tatsächlich entstanden sind, ferner die fachgerecht ermittelten Betriebsgemeinkosten, die Umsatzsteuer und gesetzliche Abgaben (z.B. die Bergarbeiter-Wohnungsbauabgabe);

2.) die Angebote bestimmter Mitbewerber planmäßig und rücksichtslos zu unterbieten mit der Absicht oder Wirkung, sie vom Markt zu verdrängen oder dem Unterbieter eine monopolartige Stellung zu verschaffen, sofern dieses Vorgehen nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig angesehen werden muß;

3.) a. Abnehmer unterschiedlich zu behandeln, indem Letztverbrauchern in Abweichung von der Preisliste Sonderpreise oder Preisnachlässe gewährt werden, sofern diese nach dem Rabattgesetz nicht erlaubt sind;

b. Abnehmer unterschiedlich zu behandeln, indem von der Preisliste abweichende Preise oder Verkaufsbedingungen angeboten oder gewährt werden, wenn und soweit nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles hiermit eine bewußte Täuschung von Abnehmern verbunden ist;

c. Abnehmer unterschiedlich zu behandeln, indem von der Preisliste abweichende Preise oder Verkaufsbedingungen angeboten oder gewährt werden, wenn und soweit dieses Geschäftsgebaren bezweckt, einem Unternehmer durch Ausnutzung eines nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles sittenwidrigen eigenen oder fremden Rechtsbruchs einen geschäftlichen Vorsprung gegenüber gesetzes- oder vertragstreuen Mitbewerbern zu verschaffen;

4.) Geschenke, Vergütungen, Abzüge, Beteiligungen oder sonstige Vorteile dem Abnehmer, dessen Angestellten oder Beauftragten zu versprechen, zu gewähren oder in Aussicht zu stellen, sofern diese Vorteilsgewährung gesetzlich nicht zulässig ist;

5.) einem Dritten, der an dem Zustandekommen eines Geschäftes keinerlei Anteil hatte, wegen dieses Geschäftes Vergütungen irgendwelcher Art einzuräumen oder ihm sonstige Vorteile zu gewähren oder zu verschaffen, die in ihrer Wirkung unzulässigen Vergütungen gleichkommen;

6.) die Abnehmer hinsichtlich des Wertes, der Gewichte, der Sorten, der Arten oder der Herkunft der Brennstoffe zu täuschen;

7.) bei der Werbung unrichtige oder irreführende Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Lagerhaltung, Beschaffenheit der Ware, Arten oder Sorten oder über die Preisbemessung zu machen;

8.) über bestimmte Mitbewerber oder deren Leistungen in unzulässiger Weise herabsetzende oder kreditschädigende Äußerungen zu machen.

§ 4

Vorstehende Wettbewerbsregeln werden, falls notwendig, den veränderten Umständen oder Anschauungen angepaßt werden.

Bekanntmachung Nr. 17/60

Bundeskartellamt B 2 - 71 28 80 -Y- 10/58

über die Eintragung von Wettbewerbsregeln des Bundesverbandes des Deutschen Kohleneinzelhandels e.V. in das Register für Wettbewerbsregeln.

Vom 28. Januar 1960.

Die Wettbewerbsregeln, deren Eintragung in das Register für Wettbewerbsregeln der Bundesverband des Deutschen Kohleneinzelhandels e.V., Bad Godesberg, am 16.Mai 1958 und in geänderter Fassung am 5.Oktober 1959 beantragt hat, sind am 25. Januar 1960 in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragen worden.

Dem Bundesverband des Deutschen Kohleneinzelhandels e.V. wurden dabei folgende Auflagen erteilt:

"1. Der Bundesverband hat alle Vereinbarungen der Beteiligten über die Einhaltung der eingetragenen Wettbewerbsregeln und alle sonstigen Verträge und Beschlüsse des Bundesverbandes, seiner Mitgliedsverbände und deren Mitglieder über die Anwendung der eingetragenen Wettbewerbsregeln dem Bundeskartellamt unverzüglich einzureichen;

2. Der Bundesverband hat die früher von ihm aufgestellten Wettbewerbsregeln unverzüglich aufzuheben und gleichzeitig zu veranlassen, daß alle Vereinbarungen, Verträge und Beschlüsse seiner Mitgliedsverbände und deren Mitglieder über die aufgehobenen Wettbewerbsregeln nicht mehr angewendet werden;

3. Der Bundesverband hat auf Anforderung dem Bundeskartellamt Entscheidungen vorzulegen, die in Rechtsstreitigkeiten über die eingetragenen Wettbewerbsregeln, die Vereinbarungen, Verträge und Beschlüsse im Sinne der Ziffer 1 von einer Einigungsstelle, einem Schiedsamt, Schiedsgericht oder ordentlichen Gericht erlassen werden, soweit an den Rechtsstreitigkeiten der Bundesverband, seine Mitgliedsverbände oder deren Mitglieder beteiligt sind."

Auf die Bekanntmachungen Nr. 19/59 und Nr. 67/59 des Bundeskartellamtes über den Antrag auf Eintragung der Wettbewerbsregeln im Bundesanzeiger Nr. 76 vom 22.April 1959 und Nr. 211 vom 3.November 1959 wird Bezug genommen.

Verzeichnis der verwendeten Literatur

ADORNO, THEODOR W.; Zur Logik der Sozialwissenschaften. In: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Bd.14 (1962)

ALBERT, HANS; Das Werturteilsproblem im Lichte der logischen Analyse. Zuerst in: Z.g.Stw. 1956, S.410-439; zitiert nach: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, hrsg. von G. Gäfgen, Köln und Berlin 1966

--- Der Marktmechanismus im sozialen Kräftefeld - Zur soziologischen Problematik pretialer Steuerungsprobleme. In: Systeme und Methoden in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Erwin von Beckerath zum 75.Geburtstag. Hrsg. von Norbert Kloten, Wilhelm Krelle, J.Heinz Müller und Fritz Neumark, Tübingen 1964, S.83 ff.

--- Reine Theorie und politische Ökonomie. Zuerst in: Z.g.Stw. 1961, S.438-467; zitiert nach: Soziologische Texte, Bd.36, hrsg. von Heinz Maus und Friedrich Fürstenberg. Neuwied am Rhein und Berlin 1967, S.37-74

ANDREAE, CLEMENS AUGUST / GLAHE, WERNER; Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. I, Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb. In: FIW-Schriftenreihe, Heft 33, Köln, Berlin, Bonn, München 1966

ANDREAE, WILHELM / ANDREAE, CLEMENS AUGUST; Beiträge zur Wettbewerbsordnung. In: FIW-Schriftenreihe, Heft 9, Köln, Berlin, Bonn, München 1963

ARNDT, HELMUT; Die Politik muß die Weichen stellen. In: Der Volkswirt, 1964, S.1292 ff.

BAIN, JOE S.; Industrial Organisation. 2nd ed. New York, London, Sydney 1968

BALLERSTEDT, KURT; Vertragsfreiheit und Konzentration. Rechtsprobleme einer Begründung und Bindung von Marktmacht. In: Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. von Helmut Arndt, 2.Auflage, Berlin 1971, S.537 ff.

BARAN, PAUL A. / SWEEZY, PAUL M.; Monopolkapital. Ein Essay über die amerikanische Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Frankfurt/Main 1967. Titel der Originalausgabe: Monopoly Capital. New York und London 1966. Aus dem Amerikanischen übersetzt von Hans-Werner Saß.

BARNIKEL, HANS-HEINRICH; Sind die kartellrechtlichen Erleichterungen für die Zusammenarbeit der Unternehmen ausreichend ? Die Lage nach dem geltenden GWB und nach der 2.GWB-NOVELLE. In: WuW 1971, S.365 ff.

--- Zum Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In: ZHR 1968, S.361-379

BARTLING, HARTWIG; Wirtschaftliche Macht unter wettbewerbspolitischem Aspekt. Schriftenreihe zur Industrie- und Entwicklungspolitik, Bd.8, hrsg. von Fritz Voigt, Berlin 1971

BARTHOLOMEYCIK, HORST; Das Gegengewichtsprinzip und die Funktionsfähigkeit des Austauschvertrages in der modernen Rechtsentwicklung. In: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd.3: Rechtsgrundlagen der Gegengewichtsbildung, FIW-Schriftenreihe, Heft 35

BAUMBACH, ADOLF / HEFERMEHL, WOLFGANG; Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Bd.1, 9. völlig neu bearbeitete und vermehrte Auflage, München und Berlin 1964

BAUR, JÜRGEN F.; Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb". In: ZHR 134 (1970), S.97 ff.

BDI; Verhaltenskodex Industrie/Handel in der Entwurfsfassung des BDI vom Januar 1973

--- In: Handelsblatt, Jg.28, vom 8. 2.1973, S.1

BECHER, HERBERT J.; Preisschleudern unter Selbstkosten als Wettbewerbsverstoß. In: BB 1953, S.279

BELKE, REINHARD; Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Tübingen 1966

BENCKENDORFF, GERHARD; Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln. In: WuW 1958, S.416 ff.

BENISCH, WERNER; Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs. In: WuW 1960, S.842 ff.

--- Kartellrechtliche Grundlagen der Gegengewichtsbildung. In: Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd.3, FIW-Schriftenreihe, Heft 35, Köln, Berlin, Bonn, München 1966

--- Kooperationsfibel. 3.neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1969, hrsg. vom BDI, Abteilung Wettbewerbsordnung, Drucksache Nr.85

--- Schutz des Leistungswettbewerbs. Hrsg. vom BDI, Abteilung Wettbewerbsordnung, Köln 1966, Drucksache Nr.77

--- Wettbewerbsregeln der "grauen Zone". In: WuW 1956, S.643 ff

--- Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs. In: WuW 1955, S.421 ff.

--- Zur Rechtspraxis des Bundeskartellamtes auf dem Gebiete der Wettbewerbsregeln. In: DB 1963, S.953 ff.

BIEDENKOPF, KURT H.; Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. In: Biedenkopf-Callmann-Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts. Heidelberg 1957, S.11-36

--- Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht. In: Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965

--- Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus. In: WuW 1968, S.3 ff.

BLAIR, JOHN M.; Referat und Diskussionsbeitrag. In: BMWi-Texte, Unternehmensgröße und Wettbewerb, Bonn, September 1970

BLUM, REINHARD; Soziale Marktwirtschaft. Wirtschaftspolitik zwischen Neoliberalismus und Ordoliberalismus. Tübingen 1969

BÖHM, FRANZ; Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung. In: Ordnung der Wirtschaft, hrsg. von F.Böhm, W.Eucken, H.Großmann-Doerth. H.1. Stuttgart und Berlin 1937

--- Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft. In: ORDO Bd.XVII (1966), S.75 ff.

--- Reden und Schriften. Über die Ordnung einer freien Gesellschaft und über die Wiedergutmachung. In Gemeinschaft mit Freunden und Schülern. Zum 65.Geburtstag von Franz Böhm. Hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker. Karlsruhe 1960

--- Wettbewerb und Monopolkampf. Berlin 1933, Neudruck 1964

--- Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950

--- / LUTZ, FRIEDRICH A. / MEYER, FRITZ W.; Vorwort zu ORDO Bd.XII (1960/61), S.XXXI ff.

--- In: FAZ Nr.138 vom 10. 6.1961, S.5

BMWi — TEXTE; Unternehmensgröße und Wettbewerb. Protokolle der Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik des Bundesministeriums für Wirtschaft. Hrsg. vom Referat Presse und Information des BMWi, Bonn, September 1970

BRAUCHITSCH, MAX von; Kartellrecht. In: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder. Hrsg. von Carl H. Ule. Bd.8, Tl.2. Berlin, München, Köln 1966

BRINKMANN, HEINZ-VOLKER; Markttransparenz und vergleichende Werbung. In: WRP 1963, S.268 ff. und 291 ff.

BRUGGER, GUSTAV; Zur Auslegung des § 1 GWB. In: WuW 1959, S.467 ff.

BRUNN, JOHANN-HEINRICH von; Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern ? In: WRP 1964, S.177 ff.

BRUS, WLODZIMIERZ; Funktionsprobleme der sozialistischen Wirtschaft. Polnische Ausgabe Warschau 1961, deutsche Ausgabe Frankfurt/M. 1971

CLARK, JOHN MAURICE; Competition as a Dynamic Process. Washington D.C., 2.Auflage, 1963

--- Towards a Concept of Workable Competition. In: A.E.R., vol.30 (1940), p.241 ff., wieder abgedruckt in: Readings in the Social Control of Industry. Philadelphia, Toronto 1949, p.452 ff., deutsche Übersetzung "Zum Begriff eines wirksamen Wettbewerbs". In: Wettbewerb und Monopol, hrsg. von Hans-Heinrich Barnikel. Darmstadt 1968, S.148 ff.

COLE, G.D.H.; In: Encyclopedia of Social Sciences, VIII. Ed.: Edwin R.A. Seligman (15th print.), New York 1963

DAM, HENDRIK G. van; Preisunterbietung als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb, Basler Studien zur Rechtswissenschaft,Heft 9, Basel 1935

DECHAMPS, BRUNO; Macht und Arbeit der Ausschüsse. In: Parteien, Fraktionen, Regierungen, Bd.IV der Schriftenreihe der Vereinigung für die Wissenschaft von der Politik, hrsg. von Dolf Sternberger, Meisenheim am Glan 1954

DERINGER, ARVED; In: Gemeinschaftskommentar, u.a. Bearbeiter der §§ 5, 5 a GWB (Erg.Lief.z. 2.Aufl., 1966)

DIHT; Gegenvorschlag des DIHT zur 2.Kartellnovelle. In: WRP 1973, Heft 44, S.191 ff.: Deutscher Industrie- und Handelstag zur Wettbewerbspolitik

DÖRINKEL, WOLFGANG; Leistungswettbewerb - Rechtsbegriff oder Schlagwort ? In: DB 1967, S.1883 ff.

DROSTE, KARL; Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern ? - Eine Erwiderung - Zugleich ein Beitrag zur Notwendigkeit einer methodischen Rechtsprechung auch im Blick des UWG. In: WRP 1964, S.300 ff.

--- Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht. In: DB 1963, S.719 ff.

--- Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung. In: WRP 1964, S.65 ff.

DÜRIG, GÜNTER; In: Maunz/Dürig/Herzog. Kommentar zum GG, Bd.1, 3.Auflage, München 1971

ECHTERHOFF-SEVERITT, H.; Wirtschaftsaufwendungen in der Bundesrepublik Deutschland, Folgen 3 und 5: Aufwendungen der Unternehmen für Forschung und Entwicklung im Jahre 1967. In: Wirtschaft und Wissenschaft, hrsg. vom Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Nr.3 und 5, 1969

EHMKE, HORST; Wirtschaft und Verfassung. Karlsruhe 1961

EUCKEN, WALTER; Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7.Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1959

--- Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung. In: ORDO Bd.II (1949), S.1 ff.

--- Grundsätze der Wirtschaftspolitik. Hrsg. von Edith Eucken und Paul K. Hensel. Bern und Tübingen 1952. Als gekürzte Ausgabe auch erschienen in rowohlts deutsche enzyklopädie, Bd.81. Hamburg 1959

--- Grundzüge der theoretischen Nationalökonomie, Jena 1944

--- Nationalökonomie wozu ? 2.erweiterte Auflage, Godesberg 1947

--- Wettbewerb als Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung. In: Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese. Heft 6 der Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1942

EWALD, HEINZ; Neue Erkenntnisse des Bundeskartellamts - Zum Tätigkeitsbericht für das Jahr 1963. In: WRP 1964, S.253 ff.

--- Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsregeln. In: WRP 1967, S.379 ff.

--- Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle ? In: WuW 1956, S.253-261

EWG, EGKS, EURATOM; Europäische Konferenz, Technischer Fortschritt und Gemeinsamer Markt, Wirtschaftliche und soziale Perspektiven bei der Anwendung neuer Techniken, Teil I, Brüssel, vom 5.bis 10.Dezember 1960, hrsg. von der EWG, EGKS, Euratom

FIKENTSCHER, WOLFGANG; Die Interessengemeinschaft. Köln, Berlin, Bonn, München 1966

--- / BORCHARDT, KARL; Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung. Stuttgart 1957

FISCHER, ROBERT; Bericht von einem Presseempfang. In: FAZ Nr.278 vom 29.11.1968, S.8

FRANKFURTER KOMMENTAR; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Hrsg. von Heinz Kaufmann, Hans-Günther Rautmann u.a. Köln 1958 ff.

FRANZEN, HANS; Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln. In: WuW 1957, S.741 ff.

--- In: Gemeinschaftskommentar, u.a. Bearbeiter des § 28 GWB (3.Auflage 1972)

FREITAG, KLAUS PETER; Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur. Diss.jur. Göttingen 1968

GALBRAITH, JOHN KENNETH; American Capitalism - The Concept of Countervailing Power, Boston 1952

--- The new Industrial State, Boston 1967

GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar. Hrsg. von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz. 1.Auflage, Köln, Berlin 1958, 2.Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1963 mit der Ergänzungslieferung 1966, 3.Auflage, 1972/73

GERHARDT, WALTER; Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz. Wirtschaftswiss.Diss. Köln 1960

GIERSCH, HERBERT; Allgemeine Wirtschaftspolitik. 1.Bd., Grundlagen. Wiesbaden 1961

--- Aufgaben der Strukturpolitik. In: Hmb.Jb. 1964, S.67 ff.

GIESEKE, PAUL; Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens. In: GRUR 1950, S.298 ff.

GÖRGENS, EGON; Wettbewerb und Wirtschaftswachstum. Bd.10 der Beiträge zur Wirtschaftspolitik, hrsg. von Egon Tuchtfeld. Freiburg/Breisgau 1969

GRIESBACH, BERNHARD; Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In: BB 1962, S.1011 ff.

GROSS, HERMANN und MEIER, JENS; Größe und Größenstruktur der Unternehmen. Ursachen und Auswirkungen ihrer Wandlungen in der modernen Industriewirtschaft. FIW-Schriftenreihe, Heft 19, Köln, Berlin, Bonn, München 1964

GROSSFELDT, BERNHARDT; Die politische Tragweite der Wettbewerbsproblematik. In: WuW 1968, S.719 ff.

GROSS- und AUSSENHANDEL; Zur Wettbewerbspolitik. In: WRP 1973, S.193, 194

GÜNTHER, EBERHARD; Die Aufgaben des Bundeskartellamts in der Wettbewerbspolitik. In: ZHR 125 (1962), S.38 ff.

--- Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetz. In: MA 1957, S.35 ff.

--- Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln. In: MA 1954, S.346 ff.

--- Schwerpunkte der Wettbewerbspolitik. In: Wettbewerbs Information 1969, Heft 11, S.5 ff.

--- Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft. In: WuW 1964, S.111 ff.

--- Wettbewerbsregeln-Entwicklung und Möglichkeiten. In: MA 1969, S.170 ff.

GUTENBERG, ERICH; Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd.2: Der Absatz, 12.Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1970

GUTOWSKI, ARMIN; Wirksame Konkurrenz und wirtschaftliche Macht. Ein Beitrag zur theoretischen Grundlegung wettbewerbspolitischer Entscheidungen, Mainz 1966, Unveröffentlichte Habilitationsschrift

ILAU, HANS; Wege zur Sicherung eines echten Leistungswettbewerbs. Informationsdienst der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels, Nr.11/12, November/Dezember 1954, S.199-223

ISAY, RUDOLF; Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung. In: WuW 1954, S.557 ff.

JACOB, HERBERT und MARLIS; Preisdifferenzierung bei willkürlicher Teilung des Marktes und ihre Verwirklichung mit Hilfe der Produktdifferenzierung. In: J.f.N.St., Bd.174 (1962) S.1 ff.

JÄGER, ARMIN; Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1970

JOSTEN - Entwurf; Veröffentlicht unter dem Titel: Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt. Frankfurt/M. 1949

JÜTTNER-KRAMNY, LIOBA; Zur Bedeutung der Unternehmensgröße für den technischen Fortschritt. FIW-Schriftenreihe, Heft 53. Köln, Berlin, Bonn, München 1970

HAMANN, ANDREAS; Zum Investitionshilfe-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. In: BB 1954, S.781 ff.

HAMM, WALTER; Der verteufelte Unternehmergewinn. In: FAZ Nr.116, vom 19.Mai 1973, S.17

HANDBUCH, Amtliches, des Deutschen Bundestages. 5.Wahlperiode. Hrsg. vom Deutschen Bundestag

HAYEK, FRIEDRICH A. von; Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach/Zürich 1952

HECK, PHILIPP; Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. In: Bd.2 der Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, hrsg. von Josef Esser, Bad Homburg v.d.Höhe, Berlin, Zürich 1968

HEINEMANN, KLAUS; Zum Verständnis von Volkswirtschaftslehre, Wirtschaftssoziologie und politischer Ökonomie. In: Jb.f.Sw. Bd.23 (1972) Heft 3, S.301 ff.

HENNER, GERHARD; Gegenstand und Inhalt von Wettbewerbsregeln. Diss.jur. Würzburg 1962

HERBER, ROLF; Leistungswettbewerb und Preisunterbietung. Diss.jur. Köln 1956 (Maschinenschrift)

HESSE, KONRAD; Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1972

HEUSS, ERNST; Allgemeine Markttheorie, Tübingen, Zürich 1965

--- Freiheit und Ungewißheit. In: ORDO Bd.XVI (1965), S.43-54

HIERSEMANN, WALTER; 20 % unter dem empfohlenen Richtpreis. In: WRP 1964, S.393 ff.

HOPPMANN, ERICH; Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität. Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs. Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie. In: Jb.N.St. 179 (1966), S.286 ff.

--- Die Funktionsmäßigkeit des Wettbewerbs - Bemerkungen zu Kantzenbachs Erwiderung. In: J.f.N.St. Bd.181 (1967), S.251 ff.

--- Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik". In: DB 1970, S.93 ff.

--- Exportkartelle und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Ein volkswirtschaftliches Gutachten. In: H.Eichler, E.Hoppmann und E.Schäfer, Exportkartelle und Wettbewerb, hrsg. von E.Schäfer, Köln und Opladen 1964

--- Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik. In: ORDO Bd.XVIII (1967), S.77 ff.

--- Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept. In: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik. Theodor Wessels zum 65.Geburtstag, hrsg. von Hans Besters, Berlin 1967, S.145 ff.

--- Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs. In: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, hrsg. von Hans K. Schneider, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd.48, Berlin 1968, S.9 ff.

HUBER, ERNST RUDOLF; Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. In: DÖV 1956, S.135 ff.

KAMLAH, WILHELM / LORENZEN, PAUL; Logische Propädeutik. Vorschule des vernünftigen Redens. Revidierte Ausgabe, Mannheim 1967

KANTZENBACH, ERHARD; Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. 2.Auflage, Göttingen 1967

KAPLAN, A.D.H.; Big Enterprise in a Competitive System, Washington/D.C. 1954

KARTTE, WOLFGANG; Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, FIW-Schriftenreihe, Heft 49, Köln 1969

KAYSEN, CARL und TURNER, DONALD F.; Antitrust Policy - An Economic and Legal Analysis, Cambridge/Mass.1959

KELLERMANN, ALFRED; Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln. In: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S.61 ff.

KNÖPFLE, ROBERT; Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens. Köln, Berlin, Bonn, München 1966

KÖHLER, UDO; Die Theorie der Preisdiskriminierung in dogmengeschichtlicher Sicht. Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Diss. Köln 1962

KOENIGS, FOLKMAR; Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln. In: GRUR 1958, S.589 ff.

KOOPERATIONSFIBEL; Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Wortlaut der Veröffentlichung I B 5 - 813350 des Bundesministers für Wirtschaft vom 29.Oktober 1963

KROITZSCH, HERMANN; Die Wettbewerbsregeln in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht. In: GRUR 1965, S.12 ff.

KÜNG, EMIL; Zur Lehre von den Marktformen und Marktbeziehungen. Die Annäherung des Konkurrenzmodells an die Wirklichkeit. In: Konkurrenz und Planwirtschaft, Beiträge zur Theoretischen Nationalökonomie, Bern 1946, S.69 ff.

KUNZE, GERD; Der Behinderungswettbewerb. Diss.jur. Heidelberg 1964

LANGEN, EUGEN; Kommentar zum Kartellgesetz, 3.Auflage, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958 4.Auflage, 1965 ff.

LEHMANN, HEINRICH; Handel und Gewerbe. 3.Auflage, Berlin 1943

LIEBERKNECHT, OTFRIED; Das Kartellgesetz. Ein notwendiger Kompromiss. In: KuG 1957, S.213 ff.

--- Regeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs als Wettbewerbsregeln im Sinne des § 28 Abs.2 GWB. In: Festschrift für Philipp Möhring. München, Berlin 1965, S.67 ff.

LILIENTHAL, DAVID E.; Big Business - A new Era. New York 1952

LOBE, ALFRED; Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Bd.1. Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung. Leipzig 1907

LOEWENBERG, GERHARD; Parlamentarismus im politischen System der Bundesrepublik Deutschland. Ungekürzte Sonderausgabe, Tübingen, März 1971

LUHMANN, NIKLAS; Legitimation durch Verfahren. Bd.66 der Soziologischen Texte, hrsg. von Heinz Maus und Friedrich Fürstenberg. Neuwied und Berlin 1969

--- Zweckbegriff und Systemrationalität. Tübingen 1968

LUKES, RUDOLF; Der Kartellvertrag. München und Berlin 1959

LUTZ, FRIEDRICH A.; Bemerkungen zum Monopolproblem. In: ORDO Bd.VIII (1956), S.19 ff.

LUTZ, HANS; Bundeskartellamt rügt Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung. In: MA 1963, S.632 ff.

MACHLUP, FRITZ; "Monopol". In: H.d.Sw. Bd.7 (1961)

--- "Wettbewerb" (III). In: H.d.Sw., Bd.12 (1964)

--- Oligopol und Freiheit. In: ORDO Bd.XVII, S.35 ff.

MANDEL, ERNEST; Marxistische Wirtschaftstheorie. Frankfurt/Main 1968. Titel der Originalausgabe: Traité d'Economie Marxiste. Paris 1962. Aus dem Französischen übersetzt von Lothar Boepple.

MANGOLD, FRITZ; Preislistenzwang und heimliche Preisunterbietung. Diss.jur. Tübingen 1963

MANGOLDT, HERMANN von / KLEIN, FRIEDRICH; Kommentar zum GG, 2.Auflage, Bd.1, Berlin und Frankfurt/Main 1957

MARCUSE, HERBERT; Der eindimensinale Mensch, Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft. Ungekürzte Sonderausgabe Soziologische Texte Bd.40, hrsg. von Heinz Maus und Friedrich Fürstenberg, Neuwied und Berlin, September 1970

MARKERT, KURT; Gegenstandstheorie und Preismeldestellen. In: ZHR 134 (1970), S.53 ff.

--- Kartellrechtliche Bedeutung von Preismeldeverträgen. In: DB 1963, S.1455 ff.

--- Modernes Kartellgesetz - aber wie ? Bemerkungen zum Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums. In: ZHR 134 (1970) S.208 ff.

MARX, KARL; Das Kapital. Bde. 1-3, Berlin (Ost) 1955

MAUNZ, THEODOR / DÜRIG, GÜNTER / HERZOG, ROMAN; Grundgesetz. Kommentar. 2.Auflage, München 1963 ff.

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM; Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik. In: Probleme der normativen Ökonomik und der wirtschaftspolitischen Beratung. Bd.29 N.F. der Schr.V.f.S., Berlin 1963, S.305 ff.

--- Wettbewerbs- und Strukturpolitik - Zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In: Die Aussprache, 1970, Heft 4, S.60 ff.

MEYER-CORDING, ULRICH; Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts. In: WuW 1962, S.461 ff.

MIKSCH, LEONHARD; Die Wirtschaftspolitik des Als Ob. In: Z.g.Stw. Bd.105 (1949), S.305 ff.

--- Wettbewerb als Aufgabe. Grundsätze einer Wettbewerbsordnung. 2.erweiterte Auflage. Godesberg 1947

MÖHRING, PHILIPP; Wettbewerbsordnung und Kartellrecht. In: WuW 1954, S.387 ff., 493 ff.

MOLLMANN, KARL; Der Mythos vom Gemeinwohl. Zur Kritik der politisch-klerikalen Sozial- und Staatssoziologie, Berlin (Ost) 1962

MONTESQUIEU, CHARLES DE, de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu; Gesetze und Prinzipien der Politik. Eine Auswahl aus: De l'esprit de loit. In: Lux et Humanitas, eine Schriftenreihe zur Pflege geisteswissenschaftlicher Werte, Bd.6, Fribourg, Frankfurt/M., Wien 1949

MÜLLER-ARMACK, ALFRED; Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration. In: Beiträge zur Wirtschaftspolitik, hrsg. von E.Tuchtfeld, Bd.4, Freiburg/Breisgau 1966

MÜLLER, HEINZ / GRIES, GERHARD / GIESSLER, PETER; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 1.Auflage, Frankfurt a.M. 1958, 2.Auflage, Frankfurt/M. 1967 ff., Loseblattausgabe

MÜLLER-HENNEBERG, HANS; In: Gemeinschaftskommentar, u.a. Bearbeiter des § 1 GWB (3.Auflage 1973)

MUTTELSEE, WINFRIED; In: BMWi-Texte, Unternehmensgröße und Wettbewerb. Bonn, September 1970

NAWROTH, EGON EDGAR; Die wirtschaftspolitischen Ordnungsvorstellungen des Neoliberalismus. In: FIW-Schriftenreihe, Heft 3, Köln, Berlin, Bonn, München 1962

NIEHANS, JUERG; Das ökonomische Problem des technischen Fortschritts. Schw.Z.St., 90.Jg., 1954, S.145-156

--- Strukturwandlungen als Wachstumsprobleme. In: Strukturwandlungen einer wachsenden Wirtschaft, Schr.V.f.S. Bd.30/I, Berlin 1964, S.18 ff.

NIPPERDEY, HANS CARL; Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts. In: DRZ 1950, S.196 ff.

--- Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, Köln, Berlin, München 1960

--- Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, KR Heft 2, 3.Auflage, Köln, Berlin, München, Bonn 1965

--- Wettbewerb und Existenzvernichtung. Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts. Berlin 1930

OEHLER, HARTMUT; Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik. Marburg 1968. Zugleich wirtschaftswiss. Diss. Marburg 1966

OHM, HANS; Definitionen des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik. In: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim. N.F.Bd.18 der Schr.V.f.S., Berlin 1960, S.239 ff.

OTT, ALFRED E.; Marktform und Verhaltensweise, Stuttgart 1959

OTTEL, FRITZ; Leistungswettbewerb. In: Festschrift für Walter Heinrich. Ein Beitrag zur Ganzheitsforschung, Graz 1963

--- Untergang oder Metamorphose der Marktwirtschaft, Stuttgart 1963

--- Wirtschaftspolitik am Rande des Abgrundes, Frankfurt a.M. 1957

PETRY, HORST; Technischer Fortschritt, Integration, internationale Wettbewerbsfähigkeit und Unternehmensgröße. In: Jb.N.St., Bd.183 (1969), S.271 ff.

PEUKERT, WOLFGANG E.; Abschlußverweigerung und Abschlußzwang im Kartellrecht - Eine rechtsvergleichende Studie des amerikanischen, deutschen und französischen Kartellrechts sowie der Kartellvorschriften der Verträge über die Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Diss.jur. Berlin, 1968

POLITISCHE ÖKONOMIE; Lehrbuch. Akademie der Wissenschaften der UdSSR, Institut für Ökonomie. Moskau 1959. Übersetzung der 3. und ergänzten russischen Ausgabe, Berlin 1961

PÜTZ, THEODOR; Die wirtschaftspolitische Konzeption. In: Wirtschaftsfragen der freien Welt. Hrsg. von Erwin von Beckerath, Fritz W.Meyer, Alfred Müller-Armack. Zum 60.Geburtstag von Ludwig Erhard. 2.Auflage, Frankfurt/Main 1964, S.42 ff.

RASCH, HAROLD; In: Rasch-Westrick, Wettbewerbsbeschränkungen. Kartell- und Monopolrecht. 3.Auflage, Herne, Berlin 1966

REIMANN, GÜNTHER; Wettbewerb und gute Sitten. In: WuW 1957,S.621ff

--- Wettbewerbsregeln der Verbände. In: WuW 1957, S.111 ff.

REIMER, EDUARD; Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 3.Auflage, Köln, Berlin 1954

REIMERS, HERMANN; Die Frage der Eintragungsfähigkeit wettbewerbsbeschränkender Wettbewerbsregeln in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts. Diss.jur. Hamburg 1969

RINCK, GERD; Gute Sitten im Wettbewerb. Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle. Göttinger rechtswissenschaftliche Studien. Bd.40, Göttingen 1961, S.151 ff.

--- Wirtschaftsrecht. 3.Auflage, Köln und Berlin 1972

RITTNER, FRITZ; Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung. Düsseldorf 1957

--- Kooperation - Ein Struktur- und Lenkungsprinzip der Wirtschaft ? In: Kooperation - Ein Struktur- und Lenkungsprinzip der Wirtschaft, Schriften der Evangelischen Akademie in Hessen und Nassau, Heft 79, Frankfurt 1969, S.6 ff.

RÖPER, BURGHARDT; Wettbewerb im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Aachen 1.10.1959

--- Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs. In: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim. N.F. Bd.18 der Schr.V.f.S., Berlin 1960, S.261 ff.

RÖPKE, WILHELM; Gutachten im Auftrage der Bundesregierung, 1950

--- "Wettbewerb" (II). Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung. In: H.d.Sw., Bd.12 (1965), S.29 ff.

ROMIG, FRIEDRICH; Die ideologischen Elemente in der neoklassischen Theorie. Eine kritische Auseinandersetzung mit Paul A. Samuelsen. Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 177, Berlin 1971

RUPP, HANS-HEINRICH; Für eine aktive Wettbewerbspolitik - Neunzehn Professoren fordern eine Reform des Kartellgesetzes. In: FAZ vom 30.November 1972, Nr.278, S.22

SACK, ROLF; Die Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. GWB und das Recht des unlauteren Wettbewerbs. Diss.jur. Tübingen 1969

--- Der zulässige Inhalt von Wettbewerbsregeln. In: WuW 1970, S.195 ff.

SÄCKER, FRANZ-JÜRGEN; Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstands. Wirtschaftswiss.Diss. Bochum 1971

--- Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht. Düsseldorf 1971

--- Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. In: BB 1967, S.681 ff.

SALIN, EDGAR; Soziologische Aspekte der Konzentration. In: Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. von F.Neumark, Schr.V.f.S., N.F. Bd.22, Berlin 1961

SANDROCK, OTTO; Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtlicher Sicht. In: JuS 1971, S.57 ff.

--- Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. München 1968

SCHEEL, HANS-DIETER; Wettbewerbsregeln über Preiswettbewerb. Diss.jur. Kiel 1967

SCHILLER, KARL; Der Ökonom und die Gesellschaft. Das freiheitliche und das soziale Element in der modernen Wirtschaftspolitik, Stuttgart 1964

--- "Wirtschaftspolitik". In: H.d.Sw. Bd.12 (1965)

--- In: Handelsblatt vom 4.12.1970

SCHLECHT, OTTO; In: BMWi-Texte, Unternehmensgröße und Wettbewerb, Bonn, September 1970

SCHLEGEL, JÖRG; Technischer Fortschritt und weites Oligopol. In: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 87.Jg. (1967)

SCHMIDT, INGO; US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht. Eine vergleichende Untersuchung und kritische Analyse der Rechtsprechung gegenüber Tatbeständen des externen und internen Unternehmenswachstums sowie des Behinderungswettbewerbs. Bd.6 der Quaestiones Oeconomicae, hrsg. von Hans Besters, Berlin und München 1973

--- In: Marktwirtschaft 1970, Heft 4, S.22

SCHMIDT-RIMPLER, WALTER; "Wirtschaftsrecht". In: H.d.Sw., Bd.12, 1965, S.686 ff.

SCHNEIDER, ERICH; Einführung in die Wirtschaftstheorie, II.Teil. 13.revidierte und erweiterte Auflage, Tübingen 1972, S.68 ff.

SCHULZ, KARL-ERNST; Zur Frage eines wirtschaftspolitisch praktikablen Wettbewerbskonzepts. Rechts- und Staatswiss.Diss. Freiburg/Breisgau 1965

SCHUMPETER, JOSEPH A.; Capitalism, Socialism and Democracy. New York 1942

--- Geschichte der ökonomischen Analyse. Nach dem Manuskript hrsg. von Elisabeth B. Schumpeter. Mit einem Vorwort von Fritz Karl Mann. Teilbde 1-2, Göttingen 1965

--- Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung. Leipzig 1912

SEIDENFUS , HELLMUTH STEFAN; Die Wandelbarkeit des Wettbewerbsbegriffs. In: Zehn Jahre Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. III. Forum Bonn 1968, S.83 ff.

SENF, BERND; Wirtschaftliche Rationalität - Gesellschaftliche Irrationalität. Die Verdrängung gesellschaftlicher Aspekte durch die bürgerliche Ökonomie. Wirtschaftswiss.Diss., Berlin 1972

SIK, OTA; Das neue Verhältnis zwischen Wirtschaftsplanung und Marktmechanismus in der CSSR. In: Probleme zentraler Wirtschaftsplanung, Band 2 der Schriftenreihe des Österreichischen Ost- und Südosteuropainstituts, München 1967, S.52 ff.

SIMONIS, BERND; Die Aussagen der neueren Oligopoltheorie und ihre Bedeutung für die Wettbewerbspolitik. In: Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Forschung, Bd.47, Meisenheim am Glan, 1971

SKIBA, GÜNTHER; Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik. Bd.20 der Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker, Frankfurt/M. 1971

--- Preisdiskriminierung und die Wettbewerbsregeln des GWB. In: WuW 1972, Heft 4, S.211 ff.

SMITH, ADAM; Der Reichtum der Nationen. Nach der Übersetzung von Max Stirner und der englischen Ausgabe von Cannon (1904), hrsg. von H.Schmidt (Jena). 2 Bde. Leipzig 1924, 1.Bd.

SÖLTER, ARNO; Referat, gehalten am 14. 4.1972 im Arbeitskreis Kooperationsförderung, Manuskriptveröffentlichung

--- Kooperative Absatzwirtschaft. Grundlagen, Erfordernisse und Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Industrie und Handel, Köln, Berlin, Bonn, München 1971

SPENGLER, ALBRECHT; Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln. In: WuW-Schriftenreihe. Heft 2, Düsseldorf 1955

STACKELBERG, HEINRICH von; Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre. Mit einem Vorwort hrsg. von V.F. Wagner. 2.Auflage, Tübingen und Zürich 1951

--- Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung. In: ORDO Bd.II (1949), S.193 ff.

STALEY, E.; Small Industry Development, Miscellaneous Papers Nr.1, Stanford Research Institute, entnommen Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, Nr.4, Brüssel 1966

STIGLER, GEORGE J.; Die Wandlung des Oligopolproblems. In: ORDO Bd.XVIII, S.65 ff.

TETZNER, HEINRICH; Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb. Kommentar. 2.Auflage, Köln 1957

TSCHIERSKY, SIEGFRIED; Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.Juli 1929 - Benrather Benzinkampf - In: KR 1930, S.255 ff.

UNITED STATES SENATE; Economic Concentration: Hearings before the Subcommittee of Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judidiary. US Government Printing Office, Washington D.C., 1964-1969

VERSTEYL,LUDGER ANSELM; Der Einfluß der Verbände auf die Gesetzgebung. Diss.jur. Bochum 1972

VILLARD, HENRY H.; Competition, Oligopoly and Research. In: Journal of Political Economy, vol.64 (1958), p.483 ff.

WALDE, HANS GERHARD; Aufstellung und Eintragung der Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln und ihre Rechtsfolgen. Diss.jur. Köln 1963

WESTERMANN, HARRY; Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf. Karlsruhe 1956

WILCSEK, E.; Diskussionsbeitrag zum Thema: Das neue Verhältnis zwischen Wirtschaftsplanung und Marktmechanismus in der CSSR, Vortrag von O.Sik. In: Probleme zentraler Wirtschaftsplanung, Bd.2 der Schriftenreihe des Österreichischen Ost- und Südosteuropa-Instituts, München 1967

WILLEKE, FRANZ-ULRICH; Leistungswettbewerb und Leistungsprinzip. Der Betrieb als Unternehmung. Festschrift für Wilhelm Riger. Stuttgart 1963, S.158 ff.

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT beim Bundeswirtschaftsministerium; Gutachten. In: Bulletin der Bundesregierung XV,25/70, vom 24.Februar 1970, S.247 bis 251

--- Stellungnahme zu Fragen der Einführung einer Fusionskontrolle. In: Bulletin Nr.25 (1970), S.247 ff., Ziff.8

WOITRIN, M.; Untersuchung über die Lage der industriellen Klein- und Mittelbetriebe in den EWG-Ländern, Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, Nr.4, Brüssel 1966

WOLF, HEINZ; Wettbewerbsregeln. Zweck, Arten und Anwendung. Schriftenreihe Der Betrieb, Düsseldorf 1972

WÜRDINGER, HANS; Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht. Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe 1953 = WuW 1953, S.721-734

ZOHLNHÖFER, WERNER; Wettbewerbspolitik in Oligopol. Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik. Veröffentlichungen der List-Gesellschaft. Bd.54, Tübingen 1968

Ich bin am 12. April 1948 als Tochter der Eheleute Nicolai und Irmgard Petersen, geb. Jungjohann, in Kiel geboren. Dort besuchte ich Grundschule sowie Gymnasium und absolvierte 1966 das Abitur.

Nach dem Jurastudium an der Christian - Albrecht - Universität in Kiel legte ich am 10. 8. 1971 am Oberlandesgericht Schleswig die erste juristische Staatsprüfung ab.

Im Dezember 1971 begann ich im Bezirk des Kammergerichtes den juristischen Vorbereitungsdienst.

Am 28. Juli 1972 heiratete ich Ludger Anselm Versteyl. Am 10. Juni 1973 wurde unsere Tochter Deborah geboren.